

El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013

(Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa)

por

EDUARDO ESTRADA ALONSO¹
IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIONES PREJUDICIALES FORMULADAS AL TJUE.
- III. LA IMPOSIBILIDAD DE ALEGACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA:
 - a) EL FALLO DEL TJUE: LA INADECUACIÓN DE NUESTRO RÉGIMEN PROCESAL A LA DIRECTIVA 93/13.
 - b) LUCES Y SOMBRAS DEL RAZONAMIENTO SEGUIDO POR EL TRIBUNAL: LA DILACIÓN EN EL TIEMPO DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.
- IV. REPERCUSIONES DEL PRONUNCIAMIENTO RECAÍDO:

¹ Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo; Doctorando del Área de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo (Fundación para el Fomento en Asturias de la Investigación Científica Aplicada y la Tecnología —FYCIT—).

Debemos mostrar, asimismo, nuestro más sincero agradecimiento por su inestimable apoyo, del cual es deudor el presente trabajo, a nuestros compañeros del Área de Derecho Civil, Julio CARBAJO GONZÁLEZ y Camino SANCIÑENA ASURMENDI.

- a) LA NECESIDAD DE REFORMA DEL RÉGIMEN DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOL: INSUFICIENCIA DE LA INTRODUCCIÓN DE LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS COMO MOTIVO DE OPOSICIÓN O SUSPENSIÓN DEL PROCESO.
- b) PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO Y ACTUACIÓN JUDICIAL: LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS POR EL JUEZ QUE CONOCE DE LA EJECUCIÓN.

V. LA NECESARIA POTENCIACIÓN DE LOS MECANISMOS DE CONTROL PREVIOS A LA VÍA JUDICIAL EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.

VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El 8 de noviembre del pasado año 2012, la Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), *Juliane Kokott*, presentó sus conclusiones² sobre la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona³, en la que se suscitaba la posible disconformidad del régimen jurídico de la ejecución hipotecaria española con la normativa comunitaria en materia de protección de consumidores y usuarios, y más concretamente con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993⁴, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Desde el momento mismo en que se tuvo conocimiento de las conclusiones referidas se creó en nuestro país, y desde todos los flancos, tanto sociales como de los propios y distintos operadores jurídicos, una enorme expectación acerca del pronunciamiento a que al respecto llegaría el TJUE, y las consiguientes repercusiones que la ratificación de tales conclusiones por parte de la curia europea llevarían aparejadas sobre el actual sistema de ejecución hipotecaria español.

Y pese a que el razonamiento de *Juliane Kokott* requería del ulterior respaldo judicial del TJUE para poder revestir algún tipo de virtualidad práctica sobre las ejecuciones hipotecarias en curso, y a salvo el caso del órgano jurisdiccional autor del planteamiento de la cuestión prejudicial, han sido muchos los agentes jurídicos, abogados y jueces, que se han acogido en los meses precedentes a las conclusiones presentadas por la Abogado General para intentar paralizar la multitud de ejecuciones hipotecarias con las que se veían enfrentados⁵.

² Asunto C-415/11.

³ Mediante Auto de dicho Juzgado de fecha 19 de julio de 2011.

⁴ Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 95, pág. 29.

⁵ Así, no han sido pocos precisamente los abogados que han alegado y los jueces que han aceptado acordar la paralización o suspensión de las ejecuciones con que se enfrentaban, con base en la pendencia de resolución por parte del TJUE de la cuestión prejudicial planteada. Una tendencia que ha sido expresamente respaldada por el Consejo General de la Abogacía Española, desde el momento en que confeccionó un escrito modelo por medio del cual se

Máxime dado que las concretas cláusulas supuestamente abusivas objeto de discusión en el litigio en el seno del cual se planteó la cuestión prejudicial forman parte del día a día en el batallar judicial hipotecario⁶, de lo que se infería la posibilidad de extrapolar los razonamientos efectuados por la Abogado General a una gran cantidad de contratos de préstamo hipotecario. Y ello aunque la posibilidad de cercenar el normal discurrir de las ejecuciones en cuestión carecía de fundamento o soporte legal alguno, al amparo de nuestra regulación procesal⁷.

Fuera como fuere, se ha elucubrado y hablado mucho, y en no pocas ocasiones de forma poco rigurosa, acerca de la ilegalidad y abusos que la ejecución hipotecaria regulada en los artículos 695 y siguientes de la Ley Enjuiciamiento Civil (LEC), y preceptos concordantes de la Ley Hipotecaria (LH), suponen para los consumidores y usuarios que ven cercenada toda posibilidad de alegar el supuesto carácter abusivo de determinadas cláusulas que forman parte del contrato de préstamo hipotecario de que dimana la ejecución respectiva. Viéndose obligados los deudores hipotecarios a recurrir a un proceso declarativo posterior en el que, tras perder la vivienda, que en no pocas ocasiones supone su única residencia, pueden dirimir y discutir la abusividad o no de tal o cual cláusula.

Una opción a que aboca nuestra legislación procesal que la Abogado General estimaba en sus conclusiones contraria al principio de protección eficaz de los consumidores y usuarios, y cuya opinión ha sido recientemente confirmada por el TJUE por medio de la sentencia dictada con fecha 14 de marzo de 2013⁸, en la que se reproduce el mismo *iter* argumentativo seguido en su día por *Juliane Kokott* para condenar la mencionada imposibilidad de alegación de la existencia de cláusulas abusivas en el transcurso de la ejecución hipotecaria.

Lo que resulta indiscutible a día de hoy, y ahora sí que con todo el fundamento legal, es que, tras la sentencia dictada por el TJUE, el régimen de ejecución hipotecaria español se encuentra en la necesidad, para dar satisfacción al pronunciamiento comunitario y evitar la posible incoación de un procedimiento sancionador por parte de la Comisión Europea, de afrontar una reforma legislativa que permita a los consumidores y usuarios discutir, de alguna forma aún por ver, la existencia de cláusulas abusivas en el discurrir del procedimiento ejecutivo,

solicitaba tal paralización, y uno de cuyos fundamentos estribaba precisamente en la aludida litispendencia.

⁶ Puesto que las cláusulas pretendidamente abusivas sobre las cuales versaba la cuestión prejudicial planteada eran tres de las más habitualmente cuestionadas en los contratos de préstamo hipotecario, cuales son las que tratan de: intereses de demora, vencimiento anticipado y determinación unilateral del importe de la deuda por el acreedor.

⁷ Dado el carácter tasado de nuestra LEC en lo que hace a las posibles causas de suspensión y motivos de oposición esgrimibles en el transcurso de la ejecución, unido todo ello al tenor del artículo 698 LEC y al hecho de que la litispendencia derivada del planteamiento de una cuestión prejudicial solo afecta al órgano judicial que la presenta (ex art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

⁸ Y la nota de prensa remitida por el TJUE de la misma fecha.

o bien en un proceso declarativo posterior, siempre y cuando este último tenga como efecto la paralización temporal de la ejecución que se esté llevando a cabo.

Todo ello unido a la posibilidad de que, sin perjuicio de tal reforma legislativa, en el momento actual, y a diferencia de lo que ocurría con las conclusiones de la Abogado General, los órganos jurisdiccionales tienen en su mano, so pretexto de los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario, paralizar y permitir la discusión de tales cláusulas en la ejecución hipotecaria de que se trate, aun cuando se mantenga vigente el régimen procesal condenado por el TJUE.

Es al desarrollo y análisis de estas dos cuestiones a los que se dedican las páginas que siguen, en las que se intentarán poner de relieve algunas de las deficiencias de los razonamientos efectuados por el Tribunal para «echar por tierra», aunque solo en parte, el sistema de ejecución hipotecaria español, junto con los problemas que las distintas hipótesis de reforma posibles que se barajan para dar cumplimiento a las exigencias derivadas de la sentencia del TJUE llevan aparejados.

II. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIONES PREJUDICIALES FORMULADAS AL TJUE

El relato fáctico que el TJUE efectúa del supuesto del cual dimana el planteamiento de la cuestión prejudicial y que ha dado lugar a la sentencia de 14 de marzo de 2013, necesario por lo demás para comprender los razonamientos que se efectúan sobre la conformidad del régimen procesal de la ejecución hipotecaria española con la Directiva 93/13, es el que sigue a continuación⁹.

El 19 de julio de 2007, el señor *Aziz*, nacional marroquí que trabajaba en España desde el mes de diciembre de 1993, suscribió con *CatalunyaCaixa*, mediante escritura notarial, un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. El inmueble que constituía dicha garantía era la vivienda familiar del señor *Aziz*, de la que era propietario desde 2003.

El capital prestado por *CatalunyaCaixa* era de 138.000 euros. Debía amortizarse en 33 anualidades, con 396 cuotas mensuales, a partir del 1 de agosto de 2007.

De los autos trasladados al Tribunal de Justicia se desprende que el contrato de préstamo suscrito con *CatalunyaCaixa* establecía en su cláusula 6.^a unos intereses de demora anuales del 18,75 por 100 automáticamente devengables respecto de las cantidades no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de realizar ningún tipo de reclamación.

⁹ El relato del supuesto de hecho del caso que efectuamos está tomado literalmente de la sentencia dictada.

Además, la cláusula 6.^a *bis* de dicho contrato confería a *CatalunyaCaixa* la facultad de declarar exigible la totalidad del préstamo en el caso de que alguno de los plazos pactados venciera sin que el deudor hubiese cumplido su obligación de pago de una parte del capital o de los intereses del préstamo.

Por último, la cláusula 15.^a del contrato, que regulaba el pacto de liquidez, preveía no solo la posibilidad de que *CatalunyaCaixa* recurriera a la ejecución hipotecaria para cobrar una posible deuda, sino también de que pudiera presentar directamente a esos efectos la liquidación mediante el certificado oportuno que recogiese la cantidad exigida.

El señor *Aziz* abonó con regularidad las cuotas mensuales desde julio de 2007 hasta mayo de 2008, pero dejó de hacerlo a partir de junio de 2008. En vista de ello, el 28 de octubre de 2008, *CatalunyaCaixa* acudió a un notario con objeto de que se otorgara acta de determinación de deuda. El notario certificó que de los documentos aportados y del contenido del contrato de préstamo se deducía que la liquidación de la deuda ascendía a 139.764,76 euros, lo que correspondía a las mensualidades no satisfechas, más los intereses ordinarios y los intereses de demora.

Tras requerir infructuosamente al señor *Aziz* el pago de lo debido, *CatalunyaCaixa* inició el 11 de marzo de 2009, ante el Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Martorell, un procedimiento de ejecución contra el interesado, reclamándole las cantidades de 139.674,02 euros en concepto de principal, 90,74 euros en concepto de intereses vencidos y 41.902,21 euros en concepto de intereses y costas.

El señor *Aziz* no compareció, por lo que, el 15 de diciembre de 2009, dicho Juzgado ordenó la ejecución. Se envió al señor *Aziz* un requerimiento de pago, que este no atendió y al que no formuló oposición.

En estas circunstancias, el 20 de julio de 2010 se celebró una subasta pública para proceder a la venta del inmueble, sin que se presentara ninguna oferta. En consecuencia, con arreglo a lo dispuesto en la LEC, el Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Martorell admitió que el bien se adjudicara en el 50 por 100 de su valor. Dicho Juzgado también señaló el 20 de enero de 2011 como la fecha en que debía producirse la transmisión de la posesión al adjudicatario. En consecuencia, el señor *Aziz* fue expulsado de su vivienda.

No obstante, poco antes de que eso ocurriera, el 11 de enero de 2011 el señor *Aziz* presentó demanda en un proceso declarativo ante el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, solicitando que se anulara la cláusula 15.^a del contrato de préstamo hipotecario por estimarla abusiva y, en consecuencia, que se declarara la nulidad del procedimiento de ejecución.

En este contexto, el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, manifestó dudas en cuanto a la conformidad del Derecho español con el marco jurídico establecido por la Directiva.

En particular, señaló que si, a efectos de la ejecución forzosa, el acreedor opta por el procedimiento de ejecución hipotecaria, las posibilidades de alegar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo son muy limitadas, ya que quedan postergadas a un proceso declarativo posterior, que no tiene efecto suspensivo. El órgano jurisdiccional remitente consideró que, por este motivo, resulta muy complicado para un juez español garantizar una protección eficaz al consumidor en dicho procedimiento de ejecución hipotecaria y en el correspondiente proceso declarativo.

Por otro lado, el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, estimó que la solución del litigio principal planteaba otras cuestiones relacionadas, en particular, con la interpretación del concepto de «cláusulas que tengan por objeto o por efecto imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta», contemplado en el número 1, letra e), del anexo de la Directiva, y el de «cláusulas que tengan por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor», previsto en el número 1, letra q), de dicho anexo. A su juicio, no está claro que las cláusulas relativas al vencimiento anticipado en contratos de larga duración, a la fijación de intereses de demora y a la determinación unilateral por parte del prestamista de los mecanismos de liquidación de la totalidad de la deuda sean compatibles con las disposiciones del anexo de la Directiva.

En estas circunstancias, al albergar dudas sobre la correcta interpretación del Derecho de la Unión, el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1. Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.
2. Se requiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que pueda dar contenido al concepto de desproporción en orden:
 - a) A la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectados en un largo lapso de tiempo —en este caso 33 años— por incumplimientos en un periodo muy limitado y concreto.
 - b) La fijación de unos intereses de demora —en este caso superiores al 18 por 100— que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la

contratación de consumidores se podrían entender abusivos y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen de un límite legal claro, aun en los casos en los que hayan de aplicarse no solo a las cuotas vencidas, sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado.

c) La fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables —tanto ordinarios como moratorios— realizados unilateralmente por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria [y que] no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un proceso declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble».

III. LA IMPOSIBILIDAD DE ALEGACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA

El juez *Seijo*, en su condición de titular del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, formuló, según acaba de transcribirse, dos cuestiones prejudiciales que aunque conectadas, son sumamente distintas entre sí.

La primera de ellas pone en entredicho el régimen jurídico-procesal español en materia de ejecuciones hipotecarias, en particular en lo que se refiere a su adecuación a la Directiva 93/13, por cuanto imposibilita la discusión acerca de la abusividad del clausulado del título en que se funda la ejecución en el transcurso de la ejecución misma, derivando tal debate a un proceso declarativo posterior o simultáneo que carece de virtualidad práctica alguna sobre el proceso ejecutivo en curso.

La segunda, por el contrario, es una cuestión prejudicial de carácter jurídico-sustantivo, por cuanto solicita el parecer del TJUE en torno al carácter abusivo o no de determinadas cláusulas concretas, sumamente habituales en la contratación de préstamos hipotecarios por los consumidores de nuestro país, cuales son: las cláusulas de vencimiento anticipado, las cláusulas sobre intereses de demora¹⁰ y aquellas otras cláusulas que permiten la determinación unilateral por el acreedor hipotecario del montante de la deuda debida.

¹⁰ No obstante, lo que se cuestiona no es la posibilidad de pactar intereses de demora para el caso de incumplimiento del deudor de sus obligaciones, sino el tipo de interés máximo que resulta procedente a tales efectos y los criterios a tener en cuenta en la determinación del mismo.

En el presente trabajo centraremos nuestra atención en la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas, por cuanto el estudio concreto de las cláusulas pretendidamente abusivas sobre las cuales se solicita la opinión del TJUE reviste un carácter meramente incidental y casuístico en la resolución adoptada por el Tribunal, toda vez que, independientemente de que las cláusulas que el deudor hipotecario pretende discutir sean estas u otras, la limitación procesal sigue siendo la misma, y la conculcación del Derecho comunitario en materia de protección de consumidores y usuarios en nada se ve afectada en lo que a su fundamentación se refiere.

Por lo tanto, el debate central que se plantea en nuestro país a raíz de la sentencia dictada por el TJUE gira en torno a la primera de las cuestiones, sin perjuicio de la muy interesante problemática que se encuentra ligada a las cláusulas contractuales referidas, y cuyo estudio no hace sino evidenciar la existencia de múltiples deficiencias y problemas al respecto¹¹, que por lo demás el legislador parece estar dispuesto a intentar solucionar¹².

Es el problema procesal el que ahora mismo y de *lege ferenda* urge solucionar y deslindar, aunque al hilo del mismo se aproveche la ocasión para poner coto a algunas de las prácticas abusivas que sustantivamente han venido cometiéndose en los últimos años en la contratación inmobiliaria española.

a) EL FALLO DEL TJUE: LA INADECUACIÓN DE NUESTRO RÉGIMEN PROCESAL A LA DIRECTIVA 93/13

Puede decirse que la estructura general del razonamiento, en cuanto al fondo de la primera cuestión prejudicial formulada, seguido por el TJUE en

¹¹ Para el estudio en detalle de las cláusulas sobre vencimiento anticipado, intereses de demora y determinación unilateral del importe de la deuda a la luz de la normativa comunitaria y de las consideraciones efectuadas sobre las mismas en la sentencia del TJUE aquí comentada, y dado que el Tribunal reproduce los razonamientos efectuados en su momento por la Abogado General *Juliane Kokott*, vid. ESTRADA ALONSO, Eduardo y FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio, «Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto *Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa*)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero de 2013 (núm. 735), págs. 202 y sigs.

¹² Y así, por ejemplo, se ha anunciado desde el Gobierno que se limitará el tipo máximo de interés de demora en los contratos de préstamo hipotecario a tres veces el interés legal del dinero (quedando ahora mismo en el 12 por 100 anual), unido al hecho de que para poder proceder a la declaración del vencimiento anticipado del préstamo será necesario que el deudor incurra en, al menos, la falta de abono de tres de las cuotas de amortización o pago del crédito concedido. Unas modificaciones legales que son bien recibidas dada la falta de seguridad jurídica que existe respecto a tales cláusulas en sede judicial, y que se insertan en la línea de las seguidas desde tiempo atrás por otros países de nuestro entorno, tales como Francia, Italia o Alemania. Modificaciones que ratifica la proposición de Ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, en curso de aprobación.

la sentencia dictada, y por medio del cual se deslegitima desde el prisma comunitario el régimen actual de la ejecución hipotecaria española, se descompone o escalona en cinco grandes puntos, cuales son: la idea, subyacente a la regulación de la Directiva 93/13, de la posición desigual que ostentan consumidores y profesionales en las relaciones entre ellos establecidas; el reflejo de esta concepción en el artículo 6.1 de la Directiva; consecuencias y finalidad derivadas de la aplicación de tal precepto según la jurisprudencia del TJUE; la autonomía procesal de los Estados miembros y su limitación por los principios comunitarios de equivalencia y efectividad en materia de protección de consumidores y usuarios; y finalmente, la concurrencia de dicho principio de efectividad por la normativa reguladora de la ejecución hipotecaria española.

El Tribunal comienza incidiendo en que el sistema de protección de los consumidores y usuarios previsto por la Directiva 93/13 parte de la idea de que el consumidor se encuentra en situación de inferioridad respecto al profesional. Una situación asimétrica de las posiciones que ambos sujetos ostentan que se manifiesta tanto en el plano de la negociación como en el del nivel de información suministrado (evocando a tales efectos el apartado 39 de la sentencia *Banco Español de Crédito*).

A continuación, recuerda lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva, apartado uno, que se fundamenta en esa posición desigual que consumidor y profesional ostentan en sus relaciones contractuales, y conforme al cual las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Precepto cuyo equivalente en Derecho español debe buscarse en el artículo 83.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias¹³ (TRLGDCU).

Y pone de relieve que el referido artículo 6.1 goza, según se desprende de la jurisprudencia comunitaria existente en la materia, de carácter imperativo, siendo su finalidad la de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que permita restablecer la igualdad entre estas, como ya dijera en su momento en la sentencia *Banco Español de Crédito*¹⁴.

Consecuencia de ello es que, para subsanar dicho desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los

¹³ Y conforme al cual: «*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*».

¹⁴ Asunto C-618/10. Concretamente en su apartado 40, en el que el Tribunal se remite al criterio seguido en las sentencias *Mostaza Claro* (asunto C-168/05), apartado 36, *Asturcom Telecomunicaciones* (asunto C-40/08) apartado 30, *VB Pénzügyi Lízing* (asunto C-137/08 apartado 47 y *Pereníková y Perenić* (asunto C- 453/10), apartado 28.

elementos de hecho y Derecho necesarios para ello¹⁵, incidiendo a este respecto en los pronunciamientos recaídos en las sentencias *VB Pénzügyi Lízing*¹⁶, y *Banco Español de Crédito*¹⁷.

En el primero de los asuntos citados el Tribunal declaró que en el transcurso de un procedimiento contradictorio, iniciado a raíz de la oposición formulada por un consumidor contra un requerimiento judicial de pago, el juez debía acordar diligencias de prueba para determinar si una cláusula concreta estaba comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de tal cláusula.

En el segundo de los asuntos, el Tribunal estimó que una normativa nacional que impide al juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio examinar de oficio (en ninguna fase del procedimiento) el posible carácter abusivo de una cláusula contractual (en este caso sobre intereses de demora), cuando dispone de los elementos de hecho y Derecho necesarios para realizar dicho enjuiciamiento, resulta contraria a la Directiva 93/13, y ello aun cuando el consumidor en cuestión no haya formulado oposición a la demanda monitoria presentada¹⁸.

Pero pese a la teoría seguida en estos dos casos el TJUE resalta que, *el asunto objeto del litigio principal se distingue de los asuntos que dieron lugar a las sentencias antes citadas... por el hecho de que se trata de la determinación de las obligaciones que incumben al juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria, con el que se garantice, en su caso, el efecto útil de la decisión sobre el fondo por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo y, por tanto, de la incoación del procedimiento de ejecución hipotecaria.*

Es una diferencia que el TJUE destaca por una sencilla razón, cual es el que la falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, las modalidades de aplicación de los motivos de oposición admitidos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria y de las facultades conferidas al juez que conoce del proceso declarativo (competente para analizar la legitimidad de las cláusulas contractuales en virtud de las que se estableció el título ejecutivo) forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal. Esto es, y dicho en otros términos, el TJUE carece de competencia y base legal para pronunciarse sobre tal extremo.

¹⁵ Sentencias *Pannon GSM* (asunto C- 243/08) apartados 31 y 32 y *Banco Español de Crédito*, ya citada, apartados 42 y 43.

¹⁶ Apartado 56.

¹⁷ También en su apartado 56.

¹⁸ Apartado 57.

Sin embargo el TJUE también se encarga de subrayar que esta autonomía procesal se encuentra a su vez condicionada por los denominados principios de equivalencia y efectividad.

Por mor del principio de equivalencia las cuestiones procesales apuntadas, y en torno a las cuales se suscita la polémica de que dimana la cuestión prejudicial planteada, no pueden ser menos favorables que las que resultarían aplicables a situaciones similares de carácter interno.

Pero además, y he aquí el *quid* del problema, las limitaciones impuestas en este punto por la normativa procesal de un Estado miembro, para poder resultar conformes con las exigencias derivadas de la Directiva 93/13, no deben hacer imposible en la práctica, o excesivamente difícil, el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).

Debe pues notarse que, el problema de la normativa española en materia de ejecución hipotecaria, en lo que respecta al Derecho comunitario sobre protección de consumidores y usuarios frente a cláusulas abusivas en los contratos celebrados por estos, no radica en el incumplimiento del principio de equivalencia¹⁹, sino en la infracción por el legislador español del principio de efectividad de tal protección.

En este sentido, el TJUE acota los términos en que debe efectuarse el examen en torno al cumplimiento o no del principio de efectividad del Derecho de la Unión de la siguiente forma:

«En lo que respecta al principio de efectividad, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición en el conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de este ante las diversas instancias nacionales (sentencia Banco Español de Crédito... apartado 49²⁰)».

¹⁹ A este respecto el TJUE (apartados 51 y 52) señala que: «*En lo que atañe al principio de equivalencia, debe señalarse que el Tribunal de Justicia no cuenta con ningún elemento que suscite dudas acerca de la conformidad de la normativa controvertida en el litigio principal con dicho principio. En efecto, consta en autos que el sistema procesal español prohíbe al juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria adoptar medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final, no solo cuando aprecie el carácter abusivo, con arreglo al artículo 6 de la Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sino también cuando comprueba que esa cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público, lo que le corresponde a él verificar*». Remitiendo en este punto a lo dicho en su momento en la sentencia *Banco Español de Crédito* (apartado 48), en la que el TJUE efectuó idéntico razonamiento a propósito de la imposibilidad de examen de oficio por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula contractual en el transcurso de un proceso monitorio.

²⁰ Que reproduce exactamente el apartado transcrita, remitiendo a su vez a lo dicho en su momento en la sentencia *Asturcom Telecomunicaciones* y jurisprudencia citada en ella —apartado 39—.

Acto seguido, y partiendo de dicho examen, el Tribunal desciende a las circunstancias concurrentes en el caso de la legislación procesal española, y, más concretamente, centra su atención en el tenor de los artículos 695 y 698 LEC, así como en el artículo 131 LH.

Unos preceptos cuyo contenido y consecuencias para el deudor hipotecario (consumidor a su vez) sintetiza el TJUE en los términos siguientes:

«En el presente asunto, de los autos trasladados al Tribunal de Justicia se desprende que, según se establece en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria solo se admitirá la oposición del ejecutado cuando esta se funde en la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, en un error en la determinación de la cantidad exigible —cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado— o en la sujeción a otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento.

Con arreglo al artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cualquier otra reclamación que el deudor pueda formular, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el correspondiente capítulo de dicha Ley.

Por otra parte, en virtud del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133 de dicha Ley²¹, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de cargas».

²¹ Precepto conforme al cual:

«El testimonio expedido por el secretario judicial comprensivo del decreto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado a favor del rematante o adjudicatario, siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El mandamiento de cancelación de cargas y el testimonio del decreto de remate o adjudicación podrán constar en un solo documento en el que se consignará, en todo caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo anterior y las demás circunstancias que sean necesarias para practicar la inscripción y la cancelación».

Por su parte, el artículo 674 LEC, a que el mismo remite, establece que:

«1. Será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el secretario judicial, del decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria.

A resultas del tenor de tales preceptos el TJUE focaliza su atención en el hecho de que *en el sistema procesal español la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la referida nota marginal de expedición de cargas*²². Anotación preventiva que el TJUE juzga como un supuesto residual en la práctica española, y por tanto insuficiente a efectos de conferir al consumidor la protección necesaria derivada de la Directiva 93/13²³.

El testimonio expresará, en su caso, que el rematante ha obtenido crédito para atender el pago del precio del remate y, en su caso, el depósito previo, indicando los importes financieros y la entidad que haya concedido el préstamo, a los efectos previstos en el artículo 134 de la Ley Hipotecaria.

2. A instancia del adquirente, se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación.

Asimismo, el secretario judicial mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados.

También se expresarán en el mandamiento las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exija para la inscripción de la cancelación».

²² Nota marginal de expedición de cargas a la cual se refiere el artículo 656 LEC, en virtud del cual:

«1. Cuando el objeto de la subasta esté comprendido en el ámbito de esta sección, el Secretario judicial responsable de la ejecución librará mandamiento al registrador a cuyo cargo se encuentre el Registro de que se trate para que remita al Juzgado certificación en la que consten los siguientes extremos:

- a) La titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado.*
- b) Los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien registrable embargado, en especial, relación completa de las cargas inscritas que lo graven o, en su caso, que se halla libre de cargas.*

2. El registrador hará constar por nota marginal la expedición de la certificación a que se refiere el apartado anterior, expresando la fecha y el procedimiento a que se refiera.

3. Sin perjuicio de lo anterior el procurador de la parte ejecutante, debidamente facultado por el Secretario judicial y una vez anotado el embargo, podrá solicitar la certificación a la que se refiere el apartado 1 de este precepto, cuya expedición será igualmente objeto de nota marginal».

²³ Concretamente el TJUE señala a este respecto que *es preciso señalar que, habida cuenta del desarrollo y de las peculiaridades del procedimiento de ejecución hipotecaria, controvertido en el litigio principal, tal supuesto debe considerarse residual, ya que existe un riesgo no desdenable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos.* Repitiendo en este punto el TJUE el razonamiento hecho en su momento en la sentencia

Es tras poner el acento en esta irreversibilidad de la adjudicación a un tercero del bien subastado que el Tribunal aborda de lleno el problema planteado en la primera cuestión prejudicial por el Juzgado barcelonés, cuando declara que un régimen procesal como el español, que no permite al juez que conoce del proceso declarativo, en el que se discute el carácter abusivo de tal o cual cláusula del título en que se basa la ejecución hipotecaria, adoptar medida cautelar de ningún tipo que provoque la suspensión o entorpecimiento del procedimiento ejecutivo, siendo ello necesario para garantizar adecuadamente la plena eficacia de la decisión final que adopte, *puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva*.

Esta imposibilidad de suspensión de la ejecución hipotecaria en curso por el juez que conoce del proceso declarativo, en aquellos casos en los que finalmente se declare el carácter abusivo de la cláusula controvertida, implica, a juicio del Tribunal, la instauración de un régimen de protección meramente indemnizatorio y *a posteriori*, que no es *adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula (la que sea), en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13*.

Una insuficiencia del régimen procesal español que se torna especialmente manifiesta, según el TJUE, cuando el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, quienes una vez perdido el inmueble deberían conformarse con el mero pago por el acreedor de una cantidad de dinero en concepto de indemnización, derivada de la declaración del carácter abusivo de parte del clausulado del título en que se fundaba la ejecución.

Ese régimen de protección de carácter meramente indemnizatorio, a que se refiere el Tribunal, encuentra su fundamento en la previsión contenida en el artículo 698.2 LEC, que permite al juez que conoce del proceso declarativo en el que se discute el carácter abusivo del clausulado del contrato suscrito entre acreedor y deudor en que se basa la hipoteca, y a instancias de este último, retener toda o parte de la cantidad obtenida con la realización del bien hipotecado para garantizar la efectividad de la sentencia que recaiga²⁴. Posibilidad que se torna especialmente complicada en los casos en que el bien hipotecado es adjudicado al propio acreedor ejecutante, por cuanto en esta hipótesis no hay

Banco Español de Crédito (apartado 54) en que el Tribunal efectuó idéntica objeción a la posibilidad de oposición del deudor en el proceso monitorio.

²⁴ Debe tenerse además presente que, en los casos en los que el deudor no tiene una solvencia notoria y suficiente, lo cual ocurre por sistema en los supuestos de ejecución hipotecaria que conforman el actual drama social a que asistimos, el Tribunal puede exigirle, para acordar la retención en cuestión, *previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor*. Una garantía que el consumidor no podrá a ciencia cierta asumir en la mayoría de los casos y que limita enormemente la operatividad de la previsión contenida en este artículo 698.2.

cantidad de dinero alguna que retener, debiendo articularse otros mecanismos de prestación de caución.

En definitiva, el Tribunal entiende que en el ordenamiento procesal español el mero inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria por parte del acreedor priva sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar el Derecho comunitario, contrariando así la jurisprudencia comunitaria *según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva.*

Circunstancia por la que considera que *la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos.*

Y concluye respondiendo a la primera cuestión prejudicial planteada dictaminando que *la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.*

Esto es, la ejecución hipotecaria española tal y como se encuentra actualmente configurada no dispensa a los consumidores y usuarios una protección eficaz y suficiente a la cual se encuentra obligado el legislador español de conformidad con la Directiva 93/13.

Una disconformidad del ordenamiento español con la norma comunitaria que se traduce, necesariamente, según parece, en la inexcusable reforma legal del régimen de dicho procedimiento ejecutivo regulado en la LEC y en la LH. Reforma que se encuentra en curso al momento de elaboración del presente artículo²⁵.

²⁵ Concretamente se trata de la aludida proposición de Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Propuesta normativa suscrita en solitario por el Partido Popular y con la oposición expresa del resto de grupos parlamentarios, ya aprobada por la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados (a la que fue remitida con fecha 22 de abril de 2013) y posteriormente enviada al Senado.

b) **LUCES Y SOMBRAS DEL RAZONAMIENTO SEGUIDO POR EL TRIBUNAL: LA DILACIÓN EN EL TIEMPO DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA**

El razonamiento del TJUE fruto del cual se concluye la inadecuación de la actual ejecución hipotecaria española a la Directiva comunitaria 93/13, tal y como ha quedado evidenciado, se articula en torno a la vulneración de nuestro régimen procesal del principio de efectividad en la protección de los consumidores y usuarios, a que tal Directiva obliga a los distintos Estados miembros de la UE, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, de la misma, y de los pronunciamientos jurisprudenciales que han ido perfilando las consecuencias de él derivadas.

Esta falta de efectividad de protección dispensada al consumidor en el procedimiento de ejecución hipotecaria español se debe a la imposibilidad de alegar la existencia de cláusulas abusivas en el transcurso de la misma, estribando la única posibilidad de debatir tales cláusulas en el inicio, posterior o simultáneo, de un juicio declarativo que nunca tendrá por efecto paralizar ni suspender la ejecución en curso, como se encarga de precisar el artículo 698.1 de la LEC.

De tal forma que, la tutela dispensada al consumidor, que sufre en sus carnes la ejecución hipotecaria en cuestión, por la existencia de cláusulas abusivas que resultan nulas y no le vinculan, se limita al ámbito puramente indemnizatorio o resarcitorio de los posibles daños y perjuicios irrogados a tal consumidor por la concurrencia de las cláusulas posteriormente declaradas abusivas en sede judicial, y a la que responde, como se ha indicado ya, la previsión contenida en el artículo 698 LEC, apartados 2 y 3.

Sin embargo, esta posibilidad prevista por nuestra LEC de retener toda o parte de la cantidad resultante de la realización del bien objeto de cobertura hipotecaria para responder de la meritada indemnización, y la consiguiente posibilidad del acreedor de evitarla mediante fianza²⁶, en cuanto que no impide la pérdida de la vivienda por parte del consumidor, resulta insuficiente en opinión del juzgador comunitario.

En efecto, el TJUE considera que el afianzamiento o retención del dinero obtenido por medio de la ejecución hipotecaria no permite al juez que conoce del proceso declarativo en el que se discute el carácter abusivo de la cláusula garantizar la plena eficacia de su decisión final, como consecuencia del hecho de que cuando, y llegado el caso, se declare dicho carácter abusivo el deudor ya habrá perdido su vivienda.

Ahora bien, el razonamiento realizado por el Tribunal parte de un presupuesto erróneo, y ello desde el momento en que afirma que lo que se está discutiendo en el proceso declarativo es el carácter abusivo de una cláusula que constituye

²⁶ Ex artículo 698.3 LEC.

el fundamento mismo del título ejecutivo²⁷, algo que no ocurre en el caso a raíz del cual se planteó la cuestión prejudicial de que dimana la sentencia recaída.

A este respecto, en la sentencia se llega a decir lo siguiente²⁸:

«...en todos los casos en que, como en el litigio principal, se haya llevado a cabo la ejecución de un inmueble hipotecado antes de que el juez que conozca del proceso declarativo adopte una decisión por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual en que se basa el procedimiento de ejecución, esa decisión solo permite garantizar al consumidor una protección a posteriori meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13».

Debe notarse que el TJUE incurre en un grave error en este punto, que sin duda resulta determinante del fallo emitido. Y lo hace cuando «presupone» que la cláusula contractual discutida es la base sobre la cual se erige la hipoteca, y que su declaración de nulidad conlleva la nulidad del procedimiento de ejecución previo.

Así, no es cierto que las cláusulas contractuales que el señor *Aziz* decidió impugnar en un proceso declarativo, posterior a haberse ejecutado su vivienda, fueran el basamento de la hipoteca en su momento asumida a favor de la entidad financiera *CatalunyaCaixa*.

No cabe olvidar que las cláusulas en cuestión versaban sobre: 1. El tipo de interés de demora aplicable para el caso de incumplimiento del deudor de sus obligaciones esenciales de pago a cada uno de los vencimientos pactados. 2. La posibilidad de decretar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo para el caso de que se produjese tal incumplimiento. 3. La facultad de determinación unilateral por parte de *CatalunyaCaixa* del importe debido por el deudor al momento de instarse la ejecución en cuestión²⁹.

²⁷ Lo que hace fundamentalmente en los apartados 59, 60 y 64 de la sentencia.

²⁸ Siguiendo lo dicho en su momento en sus conclusiones por *Juliane Kokott* (apartado 50).

²⁹ En uso de la facultad prevista por el artículo 153 bis LH, a tenor del cual: «Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura». Posibilidad que reitera el artículo 245 RH cuando señala que: «En las hipotecas constituidas a favor de Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de crédito debidamente autorizadas, en garantía de operaciones cambiarias y crediticias, podrá pactarse que el importe de la obligación asegurada se determine en su día según el saldo resultante de los libros de contabilidad de los acreedores, con referencia a una cuenta especial de la que serán partidas de abono y de cargo el importe de los efectos descontados, el de los que hayan sido satisfechos a su vencimiento y el de los que hubiesen sido devueltos impagados, y siempre que se consignen en la escritura los demás requisitos señalados en el artículo 142 y cuatro últimos párrafos del artículo 153 de la Ley».

Y si bien las cláusulas discutidas se insertan como parte del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre el acreedor y el deudor, no cabe confundir la nulidad de algunas de las obligaciones, o cláusulas, objeto de la cobertura hipotecaria contratada, con la nulidad del título jurídico presupuestado de la hipoteca misma (la causa si se quiere³⁰). Un título que, en el supuesto que nos ocupa, no es otro que el contrato de préstamo.

No en balde, la hipoteca es un derecho real accesorio³¹, cuya realización se pacta para garantizar el cumplimiento de la relación jurídica de que dimana

³⁰ Y ello aun cuando, tal y como señala RAMOS CHAPARRO, *no es exacto entender que la obligación garantizada es directamente la causa de la hipoteca o de la prenda. Solo es un presupuesto necesario pero no suficiente pues, de lo contrario, todo crédito tendría garantía real, lo cual es falso y absurdo. Hace falta algo más. La causa de la adquisición de la garantía real por el acreedor se contiene en el respectivo negocio constitutivo, que es siempre un tipo contractual distinto al contrato-fuente del crédito, aunque formalmente, muchas veces, se incardina en este último, como cláusula constitutiva del derecho real de garantía*. RAMOS CHAPARRO, Enrique J., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 43.

Una cuestión que resume MORALEJO IMBERNÓN en los términos siguientes: «*La causa típica del contrato de hipoteca reside exclusivamente en la finalidad de aseguramiento de una obligación, y no en la misma relación obligatoria asegurada, a pesar de que el principio de accesoriedad del gravamen motiva evidentemente que la existencia y licitud del crédito constituyan presupuestos indispensables para la propia validez del contrato de garantía... Admitido esto, la fórmula causal que se emplee para expresar esta interdependencia es lo de menos: carácter supercausal del negocio de hipoteca (que será nulo cuando lo sea también la obligación garantizada), o existencia de una sola causa —la de garantía— que sufre el mestizaje de elementos —también causales— provenientes de la relación crediticia subyacente. El resultado práctico es siempre el mismo: la suerte de la garantía dependerá de las vicisitudes de la obligación garantizada, pero no a la inversa*

. MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, *El contrato de hipoteca inmobiliaria*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, págs. 19 y 20.

Cuando en este contexto nos referimos a la causa del contrato de préstamo hipotecario, en sentido laxo, es pensando en la consideración causal como funcional de la hipoteca, sin que sea la causa la existencia de un crédito asegurable, sino únicamente el *animus solvendi*, esto es, la causa de la hipoteca es asegurar el cobro del crédito (cfr. ANGUITA RÍOS, Rosa M.^a, *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2006, págs. 270 y 271).

Respecto a la causa del crédito hipotecario, vid., por todos, AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, *La causa del crédito hipotecario*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.

³¹ Así, ROCA-SASTRE define la hipoteca como *un derecho real que, ya de momento, sujeta o vincula lo hipotecado, cualquiera que sea su titular, al poder de exigir eventualmente la realización de su valor así como la adopción de medidas dirigidas a salvaguardarlo, todo en seguridad o garantía de la efectividad de alguna obligación dineraria, y cuyo derecho es de carácter accesorio, indivisible, de constitución registral, y grava bienes inmuebles, ajenos y enajenables, que permanecen en posesión de su propietario o titular, y el cual implica un poderoso instrumento del crédito territorial*. ROCA-SASTRE, Ramón M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho Hipotecario* (Tomo VII), 8.^a ed., Bosch, Barcelona, 1998, págs. 113 y 114. No obstante, respecto a tal definición, y tal y como señala CHICO Y ORTIZ, debe tenerse presente que, al amparo de lo previsto en los artículos 1861 CC y 105 LH, no solamente las obligaciones de carácter dinerario, sino cualquier clase de obligaciones reconocidas dentro del Código Civil, pueden ser garantizadas por la hipoteca. Lo que sí es indispensable, sin

(*causa cavendi*³²), que en nuestro caso es el contrato de préstamo que acordaron el señor Aziz y *CatalunyaCaixa*, para que el primero pudiera acceder a la compra de la que era su vivienda habitual.

Por lo tanto, debe retenerse como irrefutable jurídicamente el hecho de que el fundamento de la hipoteca, y de su posterior ejecución, no estriba en ninguna de las tres cláusulas transcritas, sino en el contrato de préstamo hipotecario³³

embargo, es que se traduzca en dinero la obligación o lo que representa el incumplimiento de la obligación y de ahí que la LH en los artículos 12 y 153 de la misma establezca la necesidad de que se fije «el importe de la obligación garantizada o que se determine la cantidad máxima de que responda la finca». CHICO Y ORTIZ, José María, *Estudios sobre Derecho Hipotecario* (Tomo II), 4.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pág. 1324.

Un carácter accesorio de la hipoteca (proveniente del Derecho romano) que determina, a juicio del autor, que esta no sea un *derecho independiente*, o sea, con existencia propia, sino que vive al servicio de un crédito, y que se encuentra claramente consagrado por el Código Civil al calificarla en su artículo 1528 de *derecho accesorio del crédito*. Debiendo tener asimismo en cuenta el artículo 1857, número 1.^º, del Código Civil que establece como requisito esencial que la hipoteca se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación a la que califica de principal (*ibidem*, págs. 186 y 187).

Pese a lo dicho, como precisa BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, *es amplio el abanico de tendencias doctrinales que tratan de explicar la relación del derecho real de hipoteca y el crédito que asegura. Desde los autores que patrocinan una fusión entre los dos elementos: crédito e hipoteca, surgiendo una realidad nueva que los refunde cual es el crédito hipotecario, hasta aquellos que dan sustantividad a la hipoteca para el mejor cumplimiento de las necesidades prácticas, pasando por la teoría tradicional que considera a la garantía hipotecaria estructuralmente distinta del crédito garantizado y accesoria de este...* Del tenor de los preceptos [se refiere a los arts. 528 y 1857 CC] se desprende la accesoria de la hipoteca pero no en qué consiste la misma. Solo hay un dato que se repite y es que tanto la prenda como la hipoteca se constituyen para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (vid. arts. 1857.1.^º, 1858, 1876, 1528, 1212 del CC, art. 104 de la LH) y esta relación finalística entre crédito e hipoteca se configura como el denominador común de todas las posiciones citadas, de manera que lo esencial en la accesoria del derecho real de hipoteca es el aseguramiento de una obligación principal. Por tanto, la protección del crédito garantizado en el momento en que es incumplido, asegurando su satisfacción forzosa sobre el bien hipotecado, es lo que conforma fundamentalmente el contenido de la accesoria. No necesariamente consiste en asegurar una obligación existente, puede ser futura o sometida a condición suspensiva y tampoco es necesario en aquella que sea siempre el mismo crédito el que se garantice. BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, «Apuntes sobre la novación y la accesoria en la hipoteca de máximo», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III (Derechos reales, Derecho de familia), Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 3594 y 3595.

³² Suele afirmarse, siguiendo a ROCA SASTRE, que la hipoteca es un derecho de realización de valor en función de garantía, y no un derecho de garantía dotado para ello de la facultad de realización (cfr. REY PORTOLÉS, Juan Manuel, «La hipoteca como derecho real divorciable del crédito garantizado», en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pág. 35).

³³ Y es que, tal y como apunta BRAVO DE MANSILLA, *la conexión de causalidad y de funcionalidad que en principio parece existir entre la obligación y la hipoteca, y que es por su misma ratio contrario a la abstracción propia de las figuras hipotecarias del ordenamiento germánico y suizo, nos pone en el tapete una prevalencia y prioridad del crédito sobre la hipoteca, que encuentra en la necesidad de garantizar su realización su causa y fundamento.*

globalmente considerado, y en el incumplimiento de sus obligaciones esenciales de pago por parte del señor *Aziz*.

Y ese contrato de préstamo hipotecario puede perfectamente subsistir aun cuando se declare la abusividad de los intereses de demora pactados, de la cláusula de vencimiento anticipado y de la facultad de determinación unilateral por la entidad financiera acreedora del montante debido por el deudor en el momento de instar la ejecución hipotecaria. Una subsistencia que encuentra su razón de ser fundamental en el aludido principio de accesoriedad³⁴ y en el principio de especialidad³⁵.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Cedecs, Barcelona, 1998, pág. 347.

³⁴ En este ámbito hipotecario las nociones de principal y accesorio responden, en opinión de GUAJARDO-FAJARDO (que compartimos), al significado siguiente: «*principales son aquellos derechos que pueden existir por se, por tener en sí mismos una función, un fin o una razón de ser que los explica y justifica suficientemente; qui sunt causa sui ipsius, que diríant los clásicos. Accesorios, en cambio, son aquellos derechos que no encuentran en sí mismos la razón de su existencia, para lo cual han de ponerse necesariamente en relación con otros, sin el apoyo de los cuales no pueden vivir; qui sunt aliunde causando, habría que decir ahora. Y esto es, efectivamente, lo que ocurre con la obligación garantizada con la hipoteca que la garantiza, que por eso son calificadas como elemento principal y accesorio, respectivamente. Se trata de una accesoriedad funcional, que además es intrínseca a la hipoteca (en general, a todos los derechos o instituciones creadas para cumplir una función de garantía)*». ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis, «Accesoriedad y causalidad, como notas de la hipoteca en nuestro derecho», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III (Derechos reales, Derecho de familia), Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 3506 y 3507. Esta accesoriedad de la hipoteca respecto al derecho de crédito que garantiza, determina, a su vez, que la subsistencia de la obligación principal en que el contrato de préstamo consiste (el reembolso del principal prestado) determine la subsistencia plena de la hipoteca concertada, aunque se produzca, fruto de la declaración de abusividad de algunos de los conceptos objeto de cobertura hipotecaria, una minoración del montante económicamente garantizado por la hipoteca misma.

³⁵ A que se refiere, en el aspecto que nos ocupa, el artículo 12 LH cuando señala que:

«*En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de estas y su duración.*

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.

Precepto (reformado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria) que no piensa solo en las denominadas hipotecas ordinarias o de tráfico, sino también en las hipotecas de máximo o flotantes en la que existe cierta indeterminación, como ocurre en el caso de aseguramiento hipotecario de los intereses de demora pactados o de las costas y gastos derivados de la ejecución, en el que el

Particularmente importante resulta en este punto justificar el deslinde de estas cláusulas accesorias del crédito garantizado por la hipoteca de la obligación principal asegurada en virtud del contrato de préstamo³⁶. Obligación principal que se circunscribe en nuestro caso al pago por el deudor del importe del principal prestado y en todo caso, y a lo sumo, de los intereses remuneratorios pactados³⁷.

inicio del propio proceso de ejecución requiere de la concreción por medios extrarregistrales, y unilateralmente confeccionados por el acreedor, del importe reclamado de la deuda objeto de cobertura hipotecaria, sin perjuicio del establecimiento de una cantidad máxima por la que el deudor ha de responder (cfr. arts. 153 bis LH, 219 y 220 RH).

Y en lo que hace concretamente a la cláusula de vencimiento anticipado controvertida en el asunto objeto de cuestión prejudicial debe tenerse en cuenta, asimismo, lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC, que exige la inscripción expresa de tal pacto en el Registro.

³⁶ Y es que, tal y como señala MORALEJO IMBERNÓN, *a pesar de que el artículo 1857.1.º del Código Civil menciona entre los requisitos esenciales del contrato de hipoteca el que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, también pueden ser objeto del mismo, así como de la garantía real que se constituye, las obligaciones de carácter accesorio como la de intereses...* Así resulta de numerosos preceptos de nuestro ordenamiento hipotecario —con carácter general del art. 105 LH, que señala que la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones [también de las accesorias de intereses], y de modo más especial de los arts. 12, 114, 115, 146 LH, 220 RH— o del artículo 574 LECiv respecto de la ejecución hipotecaria de la obligación de intereses con pacto de viabilidad. MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, «El contrato...», *ob. cit.*, pág. 72.

³⁷ Razona CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS que la hipoteca se constituye «para asegurar el cumplimiento de una obligación principal», como afirma el artículo 1857.1 del Código Civil; garantiza el «cumplimiento de la obligación garantizada», como señala el artículo 1876 del Código Civil, o el «cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida», según el artículo 104 LH; de acuerdo con el artículo 1858 del Código Civil, se constituye «para pagar al acreedor». También el artículo 12 LH destaca como centro de la inscripción de hipoteca el importe de la obligación asegurada. De todos estos preceptos se desprende que el derecho garantizado es la obligación principal de pago, sin que ninguno haga referencia a obligaciones accesorias o secundarias. Cualquier obligación accesoria, aunque unida de algún modo al crédito, distinta de la obligación principal, requiere hipoteca separada y especial, precisamente por exigencias del principio de accesoriiedad de la hipoteca. La única excepción se encuentra en los intereses —ordinarios y moratorios— y costas de ejecución que, siendo obligaciones accesorias, están tan conectadas a la obligación principal que quedan subsumidas en la misma y cubiertas por la misma hipoteca. CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Rafael, «Las cláusulas de la hipoteca», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2006, págs. 42 y 43.

Pese a lo anterior, el autor recuerda que *no puede obviarse que por exigencias de claridad y determinación, así como del propio artículo 12 LH, se impone la fijación de responsabilidad separada para principal, intereses remuneratorios, intereses moratorios y costas y gastos judiciales y extrajudiciales*. Respecto de los intereses remuneratorios no hay duda de que, por su naturaleza, derivan necesariamente de la obligación principal. Sin embargo, a efectos hipotecarios, se exige su determinación separada y especial... En cuanto a los intereses moratorios, no hay duda de la posibilidad de extender la garantía a los mismos, siempre que se precise claramente en qué medida están cubiertos por la hipoteca, con independencia de la garantía prevista para los intereses ordinarios —garantía separada y especial—, de suerte que no pueda aplicarse la cobertura establecida para unos a los otros a modo de comodín. Por la propia naturaleza de los intereses moratorios, no es desencaminada la tesis que entiende que la hipoteca que los garantiza se trata de una hipoteca distinta de la principal (y

A tales efectos, y con relación a los intereses de demora, procede recordar que los mismos tienen una eminente naturaleza indemnizatoria, siendo su finalidad la de compensar al acreedor por los daños y perjuicios experimentados fruto del incumplimiento o demora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, como ratifica el artículo 1108 del Código Civil³⁸, y nuestra doctrina ha señalado de forma reiterada³⁹, y ya fundamentamos en su momento a propósito del análisis de las conclusiones presentadas por la Abogado General en el presente asunto⁴⁰. Una finalidad de resarcimiento que no se ve para nada alterada en el caso de los contratos de préstamo hipotecario.

Siguiendo a CHICO Y ORTIZ⁴¹, debemos tener presente que *su naturaleza jurídica es por tanto muy diversa de la de los intereses remuneratorios⁴², que*

de distinta naturaleza, puesto que siempre será una hipoteca de seguridad del tipo de las de máximo). Sin embargo, a efectos prácticos y registrales se recoge —siempre con responsabilidad separada o estanca—, junto con la hipoteca por principal e intereses ordinarios, en un mismo asiento y como una sola hipoteca. Ibídem, págs. 87 a 89.

³⁸ A tenor del cual: «*Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal».*

³⁹ Cfr., entre otros muchos, ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil*, vol. II (Derecho de Obligaciones), 11.^a ed., Bosch, Barcelona, 2002, pág. 195; DELGADO ECHEVERRÍA, en *Elementos de Derecho Civil, II* (José Luis LACRUZ BERDEJO *et al.*), vol. 1.^o (Derecho de Obligaciones), 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1985, pág. 249; DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II (Las relaciones obligatorias), 5.^a ed., Civitas, Madrid, 1996, págs. 636 a 638; PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho Civil*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1987, pág. 106; ORDÁS ALONSO, Marta, *El interés de demora*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 33 a 41.

⁴⁰ Cfr. ESTRADA ALONSO, Eduardo y FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio, «*Ejecución hipotecaria...*», *ob. cit.*, págs. 224 y sigs.

⁴¹ CHICO Y ORTIZ, Jose María, «*Estudios sobre...*», *ob. cit.*, pág. 1468. Llegando a afirmar el autor que *como consecuencia del distinto origen de unos y otros intereses tienen distinto título de ejecución, siendo posible la moderación por los tribunales al tratarse de una «cláusula penal» (arts. 1103 y 1154 CC y Disposición Adicional primera, 1.3.^a, de la Ley 26/1984) y siendo dudoso que puedan hacerse efectivos estos intereses directamente en los procedimientos especiales de ejecución hipotecaria*. Conclusiones estas últimas que no podemos compartir. Y es que sobre la legitimidad de la facultad de moderación de los intereses moratorios en base al artículo 1154 por los Juzgados y Tribunales se ha manifestado nuestro TS en no pocas ocasiones —de forma un tanto confusa, dicho sea de paso— negando la misma (cfr. STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 23 de septiembre de 2010 —FJ 3.^o *in fine*—). Un estudio especialmente interesante en este punto puede verse, asimismo, en el trabajo de ZUMAQUERO GIL, Laura, «*La cláusula penal en la contratación inmobiliaria con consumidores*», en la obra *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria* (coord.: Ana CAÑIZARES LASO), Tecnos, Madrid, 2006, págs. 266 a 287. Por otra parte, y respecto a la pretendida imposibilidad de reclamación de estos intereses en vía ejecutiva, los términos en que se encuentra redactada nuestra LH no deja lugar a dudas desde las reformas introducidas en el año 2007 por la ya citada Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que acoge expresamente la posibilidad de constitución de las denominadas hipotecas de máximo en nuestro ordenamiento, y a las que los intereses de demora cubiertos hipotecariamente dan siempre lugar como reconoce el propio CHICO Y ORTIZ.

⁴² Una divergencia en la que insiste también, entre otros muchos, DÍEZ-PICAZO, a propósito de la tesis expuesta por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolu-

derivan directamente del contrato y no de una conducta irregular del deudor. Esta conducta irregular es un hecho futuro e incierto, tanto en su existencia como en su cuantía. Estas eventuales obligaciones del pago de intereses pueden garantizarse... por medio de una especial hipoteca de seguridad, de las de máximo, que es distinta de la hipoteca en garantía del principal prestado y de los intereses remuneratorios, tanto por no de ser de tráfico sino de máximo, como porque no nace al tiempo de la constitución de la hipoteca ordinaria, sino al tiempo de incumplirse la obligación derivada de la principal y porque es, en definitiva, una garantía del pago de una indemnización de daños y perjuicios, no de un préstamo ni de su remuneración, bien que la cuantía del daño esté predeterminada, aunque tenga un rango simultáneo y una unidad exclusivamente temporal en el nacimiento y la ejecución.

Esta naturaleza jurídica indemnizatoria de los intereses de demora, que hace que su obligación de pago revista un carácter eventual y que su cuantía resulte indeterminada (pero determinable), implica su carácter accesorio respecto a la obligación principal derivada del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre la entidad financiera y el consumidor, permitiendo que su declaración de abusividad no impida, en modo alguno, la subsistencia esencial del contrato de préstamo que sirvió en su momento de presupuesto a la constitución de la hipoteca.

Pero además, la propia subespecie de la hipoteca de máximo, a la que se llega como consecuencia tanto de la indeterminación y eventualidad de los intereses de demora, como de las propias reglas de cálculo conforme a las cuales se concretan los intereses remuneratorios⁴³ (dotados de carácter variable), es la que hace cobrar todo su sentido a la cláusula de determinación unilateral del importe de la deuda también controvertida en el litigio en el transcurso del cual se planteó la cuestión prejudicial de que trae causa la STJUE aquí analizada.

La indeterminación en muchos casos al momento de constitución de la hipoteca del importe de los intereses remuneratorios, y la eventualidad de la obligación de pago de los intereses moratorios⁴⁴ que se dan en las hipotecas de máximo, sumamente habituales en el tráfico jurídico inmobiliario, obliga a

ción de 26 de octubre de 1987 y de la STS de 12 de marzo de 1991 (cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. VI (Derechos Reales), Thomson Reuters, Navarra, 2012, págs. 409 y 410).

⁴³ Puesto que, aunque no tienen carácter eventual, como ocurre con los moratorios, ni naturaleza indemnizatoria, sino que resultan, en muchos casos, consustanciales a la obligación principal del contrato de préstamo celebrado, las fórmulas de cálculo acordadas por las partes en lo que hace a su determinación (por ejemplo, las famosas cláusulas de Euribor más un tanto por ciento) los convierten en determinables pero no determinados al momento de la ejecución, dada la necesidad de atender para efectuar la liquidación de los mismos a una serie de circunstancias y criterios matemático-financieros objetivados cuya interrelación y resultado varían en el tiempo.

⁴⁴ Por cuanto se desconoce si el abono de los mismos tendrá lugar o no, al no saber si el deudor incumplirá o se retrasará en el cumplimiento de las obligaciones que le incumben.

que, independientemente de que tales obligaciones tengan un carácter accesorio y el principio de especialidad exija su inscripción expresa y aparte (aunque dentro de la misma hipoteca), en el momento de instarse la ejecución deba acompañarse, junto al título/certificado de inscripción de la propia hipoteca en el Registro⁴⁵, un documento extrarregistral, unilateralmente confeccionado por el acreedor conforme a los criterios matemático-financieros pactados en su día con el deudor hipotecario, que determine el importe del montante adeudado por este último, como expresamente permite el artículo 153 bis LH, siempre que conste inscrito pacto de las partes en tal sentido.

Determinación del montante que caso de incurrir en error sería, a nuestro parecer, perfectamente esgrimible por el deudor en el propio proceso de ejecución hipotecaria, como un supuesto especial de pluspetición, al amparo de lo previsto en el artículo 695.1.2 LEC⁴⁶, tanto en lo que hace a los intereses de demora como a los intereses remuneratorios.

De tal manera que, difícilmente puede considerarse que la cláusula de determinación unilateral del importe de la deuda por el acreedor del crédito hipotecario resulte abusiva, por cuanto en sí misma es inofensiva, amén de necesaria siempre que exista algún tipo de indeterminación respecto al montante debido, y, por ende, siempre que nos encontremos ante una hipoteca de las denominadas de máximo. Lo contrario sería tanto como afirmar la ilicitud o inviabilidad práctica de esta clase de hipoteca.

Independientemente de ello, lo que está claro es que la declaración de abusividad de los intereses de demora no cercena el título jurídico del que trae causa la garantía hipotecaria, que no es otro que el contrato de préstamo hipotecario, dado el carácter accesorio de tal obligación de pago⁴⁷ (ineludiblemente vinculada, como se ha dicho, a la determinación unilateral del importe de la deuda⁴⁸).

Asimismo, y respecto a la tercera estipulación contractual en liza, otro tanto cabe decir de la cláusula de vencimiento anticipado cuya operatividad permite el

⁴⁵ Cfr. artículo 685 LEC.

⁴⁶ Vid., en este sentido, ESTRADA ALONSO, Eduardo y FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio, «Ejecución hipotecaria...», *ob. cit.*, págs. 232 a 234.

⁴⁷ Vid., en este sentido, sobre la accesoriedad de las costas, gastos e intereses respecto a la obligación principal garantizada, MANZANO SOLANO, Antonio, *Estudios sobre la hipoteca*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2009, págs. 334 y 339 y sigs.

⁴⁸ Y que más certeramente debiera denominarse, en términos más técnicos y precisos, como integración unilateral del importe de la deuda, ya que la determinación acordada de mutuo acuerdo entre acreedor y deudor tuvo lugar en su momento con ocasión de la concertación del contrato de préstamo hipotecario, de tal manera que no hay arbitrio alguno dejado en manos de uno de los contratantes en materia de cumplimiento del contrato, respetándose, en consecuencia, la prohibición contenida en el artículo 1256 del Código Civil, conforme al cual: «*La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*».

artículo 693.1 LEC siempre que conste, al igual que las anteriores, debidamente inscrita en el Registro.

Sin perjuicio de la consideración jurídica (abusiva o no⁴⁹) que a cada uno, y según los casos, merezca la cláusula de vencimiento anticipado, lo cierto es que la misma tiene un carácter eventual (puede concurrir o no), accesorio y en ningún caso determinante de la nulidad del contrato de préstamo hipotecario⁵⁰, lo que, por otra parte, resulta confirmado desde el momento mismo en que el propio artículo 693.1 LEC, en su párrafo segundo, contempla la posibilidad de ejecutar el inmueble hipotecado para hacer frente al pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses, aun cuando queden por vencer otros plazos de la obligación⁵¹.

Dicho en otros términos: sin cláusula de vencimiento anticipado mediante puede existir un contrato de préstamo hipotecario cuyo pago se haya establecido en plazos diferentes y haberse pactado la ejecución hipotecaria del inmueble por el impago de alguno de ellos⁵², y por la cuantía estrictamente referida a los plazos vencidos, y no los que aún restan por vencer, que resultarían inexigibles hasta que llegue el momento acordado.

Este carácter accesorio de las cláusulas controvertidas respecto al contenido esencial o núcleo duro del contrato de préstamo hipotecario, cuya obligación principal estriba en la devolución por el prestatario del importe del principal

⁴⁹ Nuestra posición resulta, dicho sea de paso, completamente favorable a este tipo de cláusulas, al menos en los casos en que la operatividad de las mismas se haga depender del incumplimiento de una obligación esencial por parte del deudor, de la que el abono de los distintos vencimientos es el máximo exponente, como la doctrina y jurisprudencia han venido pacíficamente admitiendo, y aunque sí que resulte discutible cuál ha de ser el grado de incumplimiento imputable al deudor para que la entrada en juego del vencimiento anticipado no resulte desproporcionada. Cfr. ESTRADA ALONSO, Eduardo y FERNÁNDEZ CHACÓN, «Ejecución hipotecaria...», *ob. cit.*, págs. 208 y sigs.; BUSTO LAGO, José Manuel, «Las cláusulas de interés variable y de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios: perspectiva del derecho de consumo (a la luz de algunas reformas recientes)», en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma* —coords.: José Carlos SÁNCHEZ GONZÁLEZ *et al.*—, Thomson-Reuters (Consejo General del Notariado), Navarra, 2010, págs. 395 y sigs.

⁵⁰ No se trata de un elemento esencial de esta clase de contrato, por más que su estipulación resulte sumamente habitual en la práctica bancaria.

⁵¹ Y en cuyo caso se transmite *la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha*, lo que plantea no pocos problemas prácticos y resulta carente de toda lógica.

⁵² Al momento de redacción del presente trabajo, la Vicepresidenta del Gobierno, Soraya Sáenz de Santamaría ha anunciado que la virtualidad práctica de estas cláusulas se limitará, en las nuevas reformas que se aprueben para adaptar la normativa española a las exigencias derivadas del pronunciamiento emitido por el TJUE en el asunto *Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa*, al incumplimiento del abono, como mínimo, de tres mensualidades. Podríamos decir, pues, que volvemos, en cierto sentido, a la doctrina sentada en su momento, y de forma excepcional, por la STS de 27 de marzo de 1999. Exigencia del incumplimiento de al menos tres plazos mensuales o número de cuotas equivalente que se encuentra incluida en la proposición de Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios ya mencionada. Concretamente al hilo de la modificación que se opera del artículo 693 LEC.

prestado y, acaso de los intereses remuneratorios, dado el carácter oneroso del negocio, hace que en caso de que se determine la nulidad de las mismas, en el propio procedimiento de ejecución hipotecaria o en el declarativo posterior que se incoe, la hipoteca concertada siga subsistiendo, aunque minorada la cuantía de la obligación asegurada respecto al tercero adquirente de la vivienda objeto de subasta⁵³.

Una minoración de la obligación garantizada por la hipoteca que pervive fruto del hecho de que declarada la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado el importe de la ejecución se destina a pagar al acreedor los importes referidos a los vencimientos impagados⁵⁴, y de que los intereses de demora dejan de estar cubiertos por la hipoteca, al tenerse las cláusulas abusivas por no puestas directamente, sin que proceda su moderación por los Tribunales⁵⁵.

Intereses de demora cuyo abono por el deudor, caso de haber ya pagado parte de los mismos, puede revertirse por medio de dos vías fundamentales tras su declaración como abusivos en el proceso declarativo, posterior o simultáneo, a la ejecución, a que remite nuestra LEC en su artículo 698: mediante una indemnización a tanto alzado a cargo del acreedor decretada en dicho proceso; a través de una compensación de créditos entre acreedor y deudor por el montante a que ascienda el pago de tales intereses, imputando dicho importe al principal del préstamo hipotecario concedido o a los intereses remuneratorios.

⁵³ Una subsistencia de la hipoteca respecto al tercero adquirente, que asume la carga hipotecaria pero no el crédito pendiente del ejecutado, que plantea no pocos problemas puestos de relieve por la abundante doctrina que se ha ocupado de abordar los mismos. Vid., en este sentido, CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, 2002, págs. 644 y 645; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 4.^a ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, págs. 248 y sigs.; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Comentario al artículo 693 LEC», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* —dir.: Antonio María LORCA NAVARRETE—, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 3534 a 3537; ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*, Comares, Granada, 1999, págs. 86 a 89.

⁵⁴ Ex artículo 693.1, párrafo segundo, LEC (cfr. FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier, «Comentario al artículo 693 LEC», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* —coords.: Faustino CORDÓN MORENO *et al.*—, Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 543 y 544. Un pago al acreedor de los vencimientos impagados que implica ya de por sí una minoración del importe de la obligación asegurada vía hipotecaria.

⁵⁵ Por mor de lo dispuesto en el artículo 83.1 TRLGDCU, y en aplicación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13. Una solución al problema de la declaración de abusividad recientemente ratificado por el TJUE en la sentencia *Banco Español de Crédito*, ya citada, en la que se señalaba (apartado 65): «Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma». Sentencia que, al igual que en el caso que nos ocupa, versaba sobre la imposibilidad de alegar en el transcurso del proceso monitorio la existencia de cláusulas abusivas, y más concretamente de unos intereses de demora excesivos.

Por otra parte, no cabe soslayar, y el TJUE lo hace, una vez justificado el carácter accesorio de las estipulaciones contractuales controvertidas, lo dispuesto respecto a las cláusulas abusivas en el artículo 83 TRLGDCU⁵⁶, conforme al cual:

1. «*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.*
2. *La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.*

A estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato».

Un precepto cuyo resultado, como señalara CLAVERÍA⁵⁷, es el establecimiento de un sistema que sanciona las cláusulas abusivas con una *nulidad parcial coactiva* del contrato⁵⁸.

De manera que, como sintetiza DÍEZ-PICAZO⁵⁹, *se declara la nulidad de una o varias y se mantiene en principio la eficacia de las restantes*. Se produce así la

⁵⁶ Por medio del cual se traspone el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, según el cual: «*Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas*».

⁵⁷ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, «Una nueva necesidad: la protección frente a los destinos del legislador (comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1998, pág. 1301 (citado y suscrito por DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I (Introducción, Teoría del contrato), 6.^a ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2007, págs. 483 y 484).

⁵⁸ Sobre la cuestión de la nulidad parcial del contrato y consecuencias aparejadas a ella en los supuestos de declaración de cláusulas abusivas, vid., entre otros, PARDO GATO, José Ricardo, *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (análisis legislativo y jurisprudencial)*, Dijusa, Madrid, 2004, págs. 230 a 243; PERDICES HUETOS, Antonio B., «Comentario al artículo 10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* —dirs. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ y Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN—, Civitas, Madrid, 2002, págs. 519 y sigs.; PASQUAU LIAÑO, Miguel, «No incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales: Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* —dir.: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO—, Aranzadi, 1999, págs. 291 y sigs.; CLEMENTE MEORO, Mario, «El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas», en *Contratación y Consumo* —dir. Francisco J. ORDUÑA MORENO—, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 312 y sigs.

⁵⁹ *Ibídem*, págs. 483 y 484.

parcial eficacia del contrato, aunque el predisponente no hubiera querido contratar solo con las cláusulas que quedan en pie, de manera que, en cierta medida, se rompe lo que es la regla general en los casos de nulidad parcial del contrato.

De acuerdo con la ley, la nulidad es una nulidad de pleno derecho, y no requiere, por consiguiente, el ejercicio de una especial acción. En términos técnicos, se trata de nulidad y no de anulabilidad o de impugnabilidad. Puede ser propuesta tanto por vía de acción como por vía de excepción.

La regla de la nulidad parcial y, por consiguiente, de la conservación de la validez del contrato comporta la necesidad de llevar a cabo una integración de este, en la que evidentemente no pueden jugar las cláusulas declaradas nulas. Por ello, la regla debe ser la integración del contrato con las disposiciones legales, siempre que estas existan, por tratarse de un contrato típico, y, si el Derecho legal dispositivo no existe y el contrato es atípico, habrá que atenerse a los términos requeridos por la buena fe. Una integración que se hace, según el artículo 83.2 TRLGDCU, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 CC, conforme al cual:

«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

Únicamente, continúa el autor, *por excepción cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no puede ser subsanada por medio de la integración, se podrá declarar la ineficacia total del contrato*. Ineficacia total del contrato (en nuestro caso del contrato de préstamo hipotecario) que sí que llevaría entonces aparejada, y como consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria a que hace alusión el TJUE⁶⁰.

⁶⁰ Un supuesto residual y aislado de ineficacia total del contrato y extinción de la hipoteca que garantizaba el préstamo suscrito, dado el carácter usurario de los intereses pactados se dio en la STS de 20 de junio de 2001, cuya importancia destaca OROZCO Y PARDO, en la que el Tribunal señaló que: «*Esta sala ha declarado que las obligaciones de restitución de las prestaciones como consecuencia de la nulidad de un contrato no derivan del mismo sino de la Ley que las impone, son por tanto obligaciones legales no contractuales. Por tanto, no se ve cómo pueda subsistir una hipoteca constituida voluntariamente con los requisitos precisos para su inscripción registral en atención a los principios hipotecarios de especialidad y determinación, a fin de que garantice otra obligación principal distinta y por un tiempo que no se ha establecido obviamente, dado el origen no contractual de la hipoteca. La Ley de 1908 es clara en su declaración de nulidad de contrato de préstamo usurario, no dispone su nulidad parcial en aquello que la contravenga, ni otra regla contraria a la accesoria de la hipoteca, por lo que el órgano judicial no puede ser la fuente creadora de una garantía real con los necesarios requisitos exigidos para su inscripción*». En dicha sentencia, el Alto Tribunal sí que obligó, no obstante la declaración de extinción de la hipoteca, a los prestatarios

La aplicación de semejante régimen de nulidad parcial en materia de cláusulas abusivas instaurado por el TRLGDCU, ratificado, por lo demás, tanto por la Directiva 93/13 (art. 6.1⁶¹) como por la jurisprudencia del TJUE que le ha dado forma⁶², es la que, en último término, acaba por echar por tierra el razonamiento seguido por el Tribunal respecto a la ineficacia de la protección dispensada por la normativa procesal española a los consumidores en materia de ejecuciones hipotecarias.

Clarificada la accesoriad de las cláusulas discutidas, y a salvo los casos en los que la parte del contrato cuya abusividad se pretende sea de tal entidad que haga inviable la subsistencia del contrato de préstamo hipotecario al que la hipoteca concertada sirve de garantía⁶³, y en aplicación del transrito artículo 83 TRLGDCU resulta que el régimen meramente indemnizatorio del artículo 698 LEC, insuficiente para satisfacer las exigencias derivadas del principio de efectividad en la protección de consumidores y usuarios según el TJUE, compensatorio de los perjuicios originados al consumidor derivados de la inclusión de las cláusulas abusivas en cuestión⁶⁴, no es solo correcto jurídicamente, sino sumamente acerta-

a devolver exclusivamente el capital prestado, con deducción de los intereses ya satisfechos en base a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Usura. Una extinción de la hipoteca (sumamente discutible y contraria a la posición aquí mantenida), como consecuencia de la nulidad por usurario del contrato de préstamo suscrito que sin embargo no fue mantenida en las STS de 14 de mayo de 1984, que decretó la subsistencia de la misma, *pues entendía que se produjo una reducción de la deuda, no su desaparición, por lo que seguía existiendo la accesoriad frente al préstamo al que garantiza*. OROZCO Y PARDO, Guillermo, «Protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II (Derecho de Obligaciones), Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 2754 y 2755.

⁶¹ Cfr. PAGADOR LÓPEZ, Javier, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 110 a 116.

⁶² En la sentencia *Banco Español de Crédito* (apartado 65) el TJUE especificaba que: «*En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible*».

⁶³ En cuyo caso la opinión del TJUE tendría toda la razón de ser y sentido, ya que la protección indemnizatoria del deudor no paliaría eficazmente la pérdida de la vivienda en el transcurso de un procedimiento de ejecución hipotecaria que habría sido nulo, dada la nulidad del propio título jurídico en que la hipoteca se basaba a resultas del principio de accesoriad hipotecaria.

⁶⁴ Unos perjuicios que, en el caso objeto de la cuestión prejudicial planteada, únicamente podrían venir determinados por el abono en el pasado de intereses de demora indebidos, en cuanto a su tipo porcentual, y, por lo tanto abusivos. En todo caso, no debemos tampoco olvidar que la integración del contrato, en el que se insertan las cláusulas abusivas declaradas como tales en vía judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil, permitiría que aunque no fuesen aplicables los intereses de demora pactados (teniéndolos, en consecuencia, por no puestos) sí que podría integrarse el contrato aplicando como interés de demora el interés legal previsto por la Ley de Presupuestos. Una opción que encuentra su fundamento en la mora, automática en los contratos mercantiles, del deudor de la que

do. Al juez que conoce del declarativo no le resulta necesario paralizar/suspender la ejecución para asegurar la efectividad de la sentencia que dicte, toda vez que dicha sentencia no implicará nunca en un supuesto de nulidad parcial la nulidad de la ejecución hipotecaria llevada a cabo con anterioridad.

Debe retenerse, como dato que desmiente el argumentario utilizado por el TJUE, que la ejecución hipotecaria del deudor, pese a paralizarse mientras se discute en el proceso declarativo la abusividad de tal o cual cláusula, o permitirse la alegación de la misma como motivo de oposición a la ejecución, siempre se producirá, más tarde o más temprano en el tiempo, cuando tal deudor haya incumplido la obligación de pago de uno o varios de los vencimientos o cuotas pactadas⁶⁵, dada la alteridad a dicha abusividad del núcleo básico sobre el que la hipoteca se cimenta: el reintegro del principal prestado para la adquisición de la vivienda, y, en su caso, de los intereses remuneratorios. Todo lo cual, sin perjuicio de la posibilidad de que dispone el deudor de hacer uso de la facultad de liberación del inmueble objeto de ejecución que constituya su residencia habitual, de conformidad con el artículo 693.3 LEC, y que evitaría que la ejecución se llevase finalmente a término⁶⁶.

A mayor abundamiento, aunque se llegase a la conclusión de declarar por completo ineficaz el contrato de préstamo hipotecario, la extinción de la hipoteca (dado su carácter accesorio respecto a la obligación garantizada) y, en consecuencia, el procedimiento de ejecución hipotecaria sí que hubiese resultado, caso de haberse llevado a término, nulo de pleno derecho, el escenario que se presentaría para el consumidor deudor no sería en absoluto nada favorable. Aunque sí que dotaría, al menos en un primer momento, de mayor sentido al razonamiento seguido por el TJUE que sustenta la insuficiencia de una protección meramente indemnizatoria⁶⁷.

se ocupan los artículos 63 del Código de Comercio y 1108 del Código Civil, por cuanto la aplicación de los mismos al contrato de préstamo hipotecario es una exigencia que habida cuenta de la naturaleza onerosa del contrato deriva de la Ley (ex art. 1258 CC).

⁶⁵ Y aunque, como se ha dicho ya, por razones de equidad y proporcionalidad se proponga la limitación de la posibilidad del vencimiento anticipado y de la ejecución hipotecaria misma a los casos de impago por el deudor de, al menos, tres vencimientos. Lo cual, por otra parte, ya se da en la práctica ejecutiva española en materia hipotecaria, en la que las entidades financieras son las primeras interesadas en dilatar lo más posible la ejecución y evitar quedarse con el bien hipotecado.

⁶⁶ Sobre la citada posibilidad de enervación por el deudor de la acción hipotecaria, vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y TORIBIOS FUENTES, Fernando, *Ejecución hipotecaria de vivienda. Rehabilitación del préstamo y enervación de la acción*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

⁶⁷ En caso de declaración de la ineficacia total del contrato lo que se ha producido, podríamos decir, no es sino una especie de extinción de la obligación garantizada (no por su cumplimiento, sino por su nulidad), ya prevista por nuestra LEC como causa de oposición a la ejecución, dotando así de cierta lógica al razonamiento seguido por el TJUE, y conforme al cual la pérdida de la vivienda de forma irreversible por el deudor en el transcurso de la ejecución no

Y ello porque la ineficacia total del contrato de préstamo, decretada *ex artículos 83.2 in fine* TRLGDCU y 1303 del Código Civil⁶⁸, no permitiría salir indemne de toda obligación al consumidor prestatario, sino que llevaría aparejada de suyo la obligación por parte de este de proceder al reintegro de, al menos, el principal percibido a resultas del contrato⁶⁹, ya que de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto del todo inadmisible. Restitución que lo mismo da fuese decretada en el propio procedimiento de ejecución hipotecaria o en un proceso declarativo posterior o simultáneo, derivado de la apreciación de la existencia de cláusulas abusivas en el contrato como causa de oposición o de suspensión.

En este supuesto de declaración de ineficacia total el consumidor, dada la situación actual, terminaría igualmente por verse privado de la vivienda objeto de cobertura hipotecaria, salvo que repentinamente gozase de mejor fortuna. Una pérdida que, si bien no se produciría como consecuencia de una ejecución hipotecaria (en tanto que la hipoteca sigue la misma suerte que el contrato al que sirve de garantía), derivaría, en el caso de que el deudor no fuese capaz de restituir el importe del principal prestado, de un procedimiento de ejecución de la sentencia que hubiese decretado la ineficacia contractual. Y dado que el deudor carecerá de otros recursos distintos de la vivienda para hacer frente al pago será finalmente esta la que al fin satisfaga la referida obligación de reintegro del principal.

Esta obligación de restitución del principal derivada de la declaración de ineficacia total del contrato implicaría asimismo, y en relación al caso concreto de que deriva la cuestión prejudicial analizada, un vencimiento anticipado *sui generis* del crédito concedido, aun cuando la cláusula contractual que fijase tal vencimiento hubiese sido declarada nula con anterioridad por abusiva⁷⁰. Y ello porque de la misma manera que el principal se concedió de una sola vez al deudor, de esa misma forma debe reintegrarse al acreedor en cumplimiento del deber de restitución recíproco de las prestaciones llevadas a cabo.

habría llegado a tener lugar caso de permitirse la discusión en tal ejecución sobre la existencia de cláusulas abusivas determinantes de la nulidad de la obligación garantizada, de la hipoteca a ella vinculada y del procedimiento mismo de ejecución. Todo lo cual haría que la protección meramente indemnizatoria pudiera entenderse como insuficiente, y aun cuando la pérdida de la vivienda por parte del consumidor terminara por producirse igualmente, como consecuencia de la obligación de restitución de las prestaciones recíprocamente percibidas por las partes anudada a toda declaración de ineficacia total.

⁶⁸ Que establece que: «*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*».

⁶⁹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, «Fundamentos del...», vol. I, *ob. cit.*, págs. 571 y sigs. En resumidas cuentas, el contrato de préstamo declarado completamente ineficaz implicaría la concurrencia de un supuesto de nulidad que conllevaría la obligación de restituir de forma simultánea y recíproca (art. 1308 CC).

⁷⁰ Cfr. ÁVILA NAVARRO, Pedro, *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, pág. 99.

Consecuencia igualmente de lo anterior, el incumplimiento del deber de restitución por las partes haría que, si bien los intereses de demora o remuneratorios pactados no fuesen aplicables (dada la ineficacia del contrato celebrado) debiendo procederse a su devolución o imputación al principal prestado por parte del acreedor, sí que habría muy posiblemente que adicionar a tal principal los intereses derivado de la mora procesal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 576 LEC, junto con las costas, gastos, etc., aparejados al procedimiento de ejecución de sentencia que se vería abocado a iniciar el acreedor.

De tal forma que, como puede verse, y en resumidas cuentas, la ineficacia del contrato, aun cuando condujese, dada la abusividad del mismo, a la extinción del derecho de hipoteca que pesa sobre la vivienda del consumidor y evitara, consiguientemente, toda ejecución hipotecaria, terminaría por conducir a este a idénticos o peores resultados que los propios de tal ejecución. Resultado que no es otro, fundamentalmente, que la pérdida de la vivienda, lo que no deja de ser paradójico, toda vez que el argumento del TJUE para declarar nuestro régimen de ejecución hipotecaria contrario a la Directiva se cimenta precisamente sobre la base de que la imposibilidad de alegación de cláusulas abusivas en este procedimiento ejecutivo conduce al consumidor a semejante pérdida de forma irreversible e injusta. Obviando así que lo que realmente conduce al consumidor a la pérdida de su vivienda es la imposibilidad de reintegrar, desgraciadamente, siquiera el principal del dinero prestado por el banco para la adquisición de la misma, ni de forma diferida en el tiempo, ni mucho menos de una sola vez, como resultaría de la ineficacia total del contrato de préstamo.

Pese a todo, el Tribunal ha fallado de tal manera que se hace necesario, al momento de elaboración del presente trabajo, proceder a modificar la normativa de nuestra LEC y LH que se ocupa de regular las ejecuciones hipotecarias, a los efectos de que la discusión sobre cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario lleve aparejada la paralización del proceso de ejecución, hasta el momento en que se resuelva lo que proceda al respecto⁷¹, y aunque

⁷¹ Concretamente el fallo del TJUE, respecto a la adecuación de nuestra LEC en materia de ejecución a la normativa comunitaria, señala que: «*La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final*».

finalmente, como ha quedado evidenciado (creemos que suficientemente), el deudor termine por sufrir en sus carnes, aunque dilatada en el tiempo, la ejecución a que obliga el incumplimiento o ineficacia total/parcial del contrato celebrado en su momento, habiendo descontado ya de él, llegado el caso, las cláusulas abusivas.

Una reforma a la que dedicamos las páginas que siguen, junto con las posibilidades de actuación de que nuestros órganos jurisdiccionales gozan con, sin o contra la reforma⁷² de nuestro régimen de ejecuciones hipotecarias. Materia, en la que, como se verá, creemos que no está el problema real de los desahucios y dramas sociales que día a día vivimos en nuestro país, que no son sino fruto de una contratación inmobiliaria abusiva y descontrolada a que hemos asistido impasibles en los últimos años, y que nos ha llevado a esta situación del todo indeseable para cualquier sociedad.

IV. REPERCUSIONES DEL PRONUNCIAMIENTO RECAÍDO

Conforme al razonamiento seguido por el TJUE para declarar nuestro régimen procesal de ejecución hipotecaria contrario a la Directiva 93/13, son dos los problemas jurídicos que en el ordenamiento jurídico español obstan a la plena satisfacción del principio de efectividad en la protección de los consumidores y usuarios cuando estos pretenden discutir la existencia de cláusulas abusivas insertas en los contratos de préstamo hipotecario de que dimana la ejecución.

El primero de ellos deriva del tenor del artículo 695 LEC (*Oposición a la ejecución*)⁷³, conforme al cual:

- «1. *En los procedimientos a que se refiere este capítulo solo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:*
- a) *Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.*
- b) *Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta*

⁷² Contra reforma por insuficiente.

⁷³ Como análisis reciente del precepto, vid. CORDÓN MORENO, Faustino, «Comentario al artículo 695 de la LECiv. Oposición a la ejecución», en *Ejecución Hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters, Navarra, 2012, págs. 781 a 787.

entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y solo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante.

No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad.

- c) *En caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral.*
2. *Formulada la oposición a la que se refiere el apartado anterior, el Secretario judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar cuatro días desde la citación, comparecencia en la que el Tribunal oirá a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día.*
3. *El auto que estime la oposición basada en las causas 1 y 3 del apartado 1 de este artículo mandará sobreseer la ejecución; el que estime la oposición basada en la causa 2 fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución.*
4. *Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de este caso, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno».*

Mientras que el segundo problema planteado viene determinado por la previsión contenida en el artículo 698 LEC (*Reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores*), que establece que:

- «1. *Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los ar-*

tículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo. La competencia para conocer de este proceso se determinará por las reglas ordinarias.

2. *Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior o durante el curso de juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que se regula en este capítulo, deba entregarse al acreedor.*

El tribunal, mediante providencia, decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten, si estima bastantes las razones que se aleguen. Si el que solicitase la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor.

3. *Cuando el acreedor afiance a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio a que se refiere el apartado primero, se alzará la retención».*

La conjunción de ambos preceptos, y concordantes de la LH⁷⁴ (junto a los cuales deben tenerse en cuenta además las clases de procesos que actúan como causa de suspensión y a que se refieren los arts. 696 y 697 LEC), tiene por consecuencia que el consumidor no pueda alegar la existencia de cláusulas abusivas en el transcurso de la ejecución como causa de oposición/suspensión⁷⁵, y que, además, aunque inicie simultánea o posteriormente, un proceso judicial independiente en el que sí que existe la posibilidad de discusión en torno a la validez de

⁷⁴ Artículos 129 a 136 LH.

⁷⁵ El artículo 695 LEC regula los motivos de oposición a la ejecución cuya alegación determina la suspensión el procedimiento en curso. Pero junto a tales motivos de oposición, en los artículos 696 y 697 se regulan como causas de suspensión la interposición de una tercera de dominio y la existencia de prejudicialidad penal. Sobre la posibilidad de alegar causas de suspensión distintas de las previstas en tales preceptos, vid. MONSERRAT VALERO, Antonio: *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2002, págs. 167 a 170; y *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. Artículo 131 LH*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 298 a 344.

Y respecto a la posible tentación de acudir al inicio de un proceso penal para lograr la suspensión de la ejecución hipotecaria de forma fraudulenta vid. CORDÓN MORENO, Faustino *et al.* (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 559.

tales cláusulas⁷⁶, dicho proceso judicial carezca de virtualidad práctica alguna en orden a la paralización de la ejecución hipotecaria en curso⁷⁷.

De forma que, según se ha notado ya páginas atrás, el TJUE concluye, y está en lo cierto, la única protección que se dispensa en materia de ejecución hipotecaria al consumidor por la existencia de cláusulas abusivas en el título jurídico en que se fundamenta la hipoteca, y su correlativa ejecución, reviste un carácter meramente indemnizatorio, *ex artículo 698 LEC* (apartados 2 y 3), que resulta insuficiente, al haber perdido ya el consumidor su vivienda al momento de percibirla.

Una opinión del TJUE respecto a tal insuficiencia que nosotros no compartimos, toda vez que, como ya se ha dicho, esta postura tendría todo su sentido si del proceso declarativo iniciado por el consumidor resultase, fruto del carácter abusivo de parte del clausulado del contrato de préstamo hipotecario, la nulidad del contrato mismo y, en consecuencia de la ejecución hipotecaria llevada a término⁷⁸, como erróneamente presupone el Tribunal. Nulidad del contrato en

⁷⁶ Hecho por el cual el Tribunal Constitucional entiende que nuestro régimen de ejecución hipotecaria no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24 CE, por cuanto al ejecutado siempre le queda a salvo la posibilidad de acudir al correspondiente proceso declarativo en el que podrá discutir la validez/invalidad del título (o alguna de sus partes). Vid., en este sentido, SSTC de 18 de diciembre de 1981, 24 de enero de 1995 (Sala 1.^a), 9 de mayo de 1995 (Sala 1.^a) y, más recientemente, el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 19 de julio de 2011 (y en especial el FJ 4.^a). Auto, este último, comentado por RUBIO TORRANO, Enrique, «Ejecución hipotecaria y derechos constitucionales», en *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters, Navarra, 2012; y *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6 (octubre de 2011), págs. 11 a 13.

Resoluciones del TC que legitiman desde el punto de vista constitucional el carácter de vía de apremio que reviste nuestra ejecución hipotecaria y el hecho de que la misma no se encuentre precedida de fase de cognición alguna, como han resaltado, entre otras, las SSTS de 22 de abril de 1987, 12 de noviembre de 1985, 10 de diciembre de 1991 y 22 de julio de 1994 (cfr. ADAN DOMÈNECH, Federic, *La ejecución hipotecaria*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 399 a 402).

⁷⁷ Que solo se suspende en los meritados supuestos, previstos por los artículos 696 y 697 LEC, de tercerías de dominio o prejudicialidad penal.

⁷⁸ En cuyo caso el razonamiento en torno a la insuficiencia de la protección meramente indemnizatoria conferida por nuestra LEC al deudor tendría todo su sentido, porque de haberse permitido la suspensión del procedimiento de ejecución el consumidor no habría perdido irreversiblemente la vivienda que nunca debió escapar de su poder, a que hace referencia en su fundamentación el TJUE. En este sentido, señalaba CORDÓN MORENO con ocasión de comentar el artículo 698 LEC que: «*La única incidencia que estas reclamaciones tienen en el proceso de ejecución pendiente es la posibilidad que se reconoce a quien la plantea de solicitar del tribunal que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte con retención del todo o de una parte de la cantidad que se obtenga en la ejecución y deba entregarse al acreedor (art. 698.2.I). Se trata en realidad de una medida cautelar que puede ser solicitada por el actor al tiempo de formular la reclamación... o durante el curso del juicio a que diera lugar, sin necesidad de acreditar, en el segundo de los casos, que se basa en hechos y circunstancias que justifican la solicitud en ese*

su conjunto que no resulta jurídicamente viable, al menos en el concreto caso en transcurso del cual se planteó la cuestión prejudicial de que trae causa la sentencia del TJUE, en el que las cláusulas controvertidas tenían un carácter meramente accesorio de la obligación principal en que el contrato de préstamo celebrado entre el señor *Aziz* y *CatalunyaCaixa* consistía⁷⁹.

Pero independientemente de que el argumentario desplegado por el TJUE para dinamitar, al menos en cierta medida, nuestro sistema de ejecución hipotecaria en la contratación con consumidores nos parezca un dislate carente de sentido alguno, lo cierto es que, nos guste o no, los meritorios artículos 695 y 698 deben ser revisados por el legislador en orden a satisfacer las exigencias que derivan del pronunciamiento recaído. Al menos si pretendemos evitar la incoación de un procedimiento sancionador a España por parte de la Comisión Europea, dado el incumplimiento por nuestra legislación de la Directiva 93/13, en los términos en que ha sido interpretada en materia de ejecución hipotecaria por la sentencia aquí comentada.

Ese es el deber ser, pero no necesariamente tiene por qué ocurrir así, puesto que otro tanto cabría decir del proceso monitorio (o de cualesquiera procesos en los que no se permita al juez apreciar el carácter abusivo del clausulado de un contrato celebrado con un consumidor), tras la sentencia *Banco Español de Crédito*, que, sin embargo, no ha experimentado novación alguna que permita la posibilidad de alegación de cláusulas abusivas por el deudor en su transcurso.

Por lo que, cabría pensar que tal vez podamos dejar en manos exclusivamente del juez que conozca del caso concreto, la decisión de apreciación de tales cláusulas abusivas y la procedencia o no de suspender la ejecución hipotecaria si estima que la protección indemnizatoria prevista por el artículo 698 resulta, efec-

momento (cfr. art. 730.4). A la vista de la solicitud y de los documentos que se presenten, el tribunal decretará la retención si estima bastantes las razones que se aleguen y previa prestación (si no tuviera solvencia notoria y suficiente) de garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor ejecutante (art. 698.2.II); este podrá obtener el alzamiento de la retención afianzando a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener (art. 698.3). La finalidad puramente resarcitoria de la medida cautelar puede resultar insuficiente para satisfacer el interés del deudor ejecutado (o del interesado de que se trate); piénsese en los casos en que la reclamación versa sobre la nulidad del título por el que se despacha la ejecución o sobre la certeza o extinción de la deuda. Resultará en ellos que, al no tener la demanda ordinaria eficacia suspensiva, no podrá impedirse la realización del bien en una ejecución que, en el supuesto de estimarse aquella, se habrá llevado sin concurrir sus presupuestos: el título ejecutivo (en el caso de que la sentencia lo declare nulo) o la acción ejecutiva (en el caso de que se declare extinguida o inexistente la obligación). Por eso entiendo que el deudor (o interesado de que se trate) podrá solicitar la anotación preventiva de la demanda, con el fin de advertir al posible adquirente del bien en la ejecución de la ilicitud de esta». CORDÓN MORENO, Faustino *et al.* (coords.), «Comentarios a la Ley...», *ob. cit.*, págs. 560 y 561.

⁷⁹ Vid. *supra*.

tivamente, insuficiente para resarcir al consumidor de los daños experimentados a causa de la inclusión de las cláusulas que posteriormente puedan declararse abusivas. Una posibilidad que, llevada a cabo ya tras la adopción del fallo por el Tribunal⁸⁰, tiene su fundamento en los principios de primacía y efecto directo propios del Derecho comunitario (tanto originario como derivado —como es el caso de la Directiva 93/13—), y en la aplicación de la teoría confeccionada por el TJUE del denominado acto aclarado. Aun cuando esta hipótesis diese lugar a una notable inseguridad jurídica en el quehacer diario en materia de ejecuciones hipotecarias.

a) LA NECESIDAD DE REFORMA DEL RÉGIMEN DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOL: INSUFICIENCIA DE LA INTRODUCCIÓN DE LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS COMO MOTIVO DE OPOSICIÓN O SUSPENSIÓN DEL PROCESO

Las posibilidades de reforma de nuestra LEC en lo que hace a la ejecución hipotecaria para permitir que la alegación de cláusulas abusivas por el consumidor en el transcurso de la misma tenga algún tipo de virtualidad práctica, aparte de la meramente indemnizatoria descartada por el TJUE, se resumen básicamente en dos. Al menos partiendo del esquema tradicional previsto por la norma procesal.

La concepción seguida por la LEC determina que la ejecución hipotecaria únicamente se paraliza, con efectos distintos entre sí, como consecuencia de la alegación de alguna de las causas de oposición o de suspensión expresamente previstas, y que tienen el carácter de *numeris clausus*.

Esta interrupción de la ejecución en curso aboca además, tanto en los casos de oposición como de suspensión, a la simultánea, o posterior necesidad, tanto para el acreedor como para el deudor, de enfrentarse con un procedimiento judicial adicional, en que se dirime convenientemente tanto la propia concurrencia de la causa alegada para dar al traste con dicha ejecución, como los efectos de ello derivados. Una necesidad que únicamente se excepciona, cuando se aduce como motivo de oposición la existencia de error en la determinación de la cantidad exigible por vía ejecutiva (*ex art. 695.3 LEC*).

De tal manera que la mera introducción, pura y simple, de la existencia de cláusulas abusivas, en el título que la hipoteca garantiza, como motivo de

⁸⁰ Caso, entre otros, del Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Arrecife, de 21 de marzo de 2013, que ha sido una de las primeras Resoluciones que en base a la STJUE ha acordado el archivo de la ejecución hipotecaria en curso y remisión a un posterior proceso declarativo, en el que discutir la existencia y efectos derivados de posibles cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario. Un fallo del que se infiere la materialización del fallo del TJUE en la posibilidad de alegación como causa de oposición (no de suspensión) en el procedimiento de ejecución hipotecaria de tales cláusulas abusivas.

oposición o de suspensión, dado que conduce inexorablemente al inicio de un proceso declarativo adicional, salvo en los casos de error en la determinación de la cuantía, resulta ineficiente y engorrosa, tanto para el acreedor como para el deudor hipotecario.

En este sentido, una primera hipótesis de reforma que el legislador podría plantearse, para dar cuenta a las exigencias derivadas de la sentencia del TJUE, pasaría por introducir en el artículo 695 LEC como motivo de oposición a la ejecución, junto con la extinción de la garantía (hipoteca) o de la obligación garantizada y el error en la determinación de la cantidad exigible (pluspetición⁸¹), la existencia de cláusulas abusivas en el título en que encuentra su presupuesto la hipoteca concertada.

Esta posibilidad de alegación de cláusulas abusivas como motivo de oposición únicamente tendría sentido (aunque aun así no se resuelva el problema de la pérdida de la vivienda por el consumidor), caso de llevar a sus últimas consecuencias el fallo del TJUE, y entenderlo en sus justos términos⁸², cuando, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 83.2 *in fine* TRLGDCU⁸³, pudiéramos estar ante un supuesto que determinase la ineficacia del contrato en su totalidad y de la hipoteca accesoria al crédito, así como la consiguiente nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria que pudiera llevarse a cabo en virtud de un contrato e hipoteca ineficaces. Según hemos apuntado ya.

Una limitación a los casos de ineficacia total cuya razón de ser es muy sencilla: solo en estos supuestos la ejecución hipotecaria resulta ilegítima y privaría injustamente, a través de ella, al consumidor de su vivienda. Lo que a su vez justificaría el tratamiento dispensado por la LEC a las causas de oposición, que no es otro que el sobreseimiento del proceso.

Así, cuando el deudor hipotecario alega como motivo de oposición la extinción de la hipoteca u obligación garantizada por la misma⁸⁴, el Secretario

⁸¹ Que, como decíamos, permite dar debida cuenta de las cláusulas de determinación unilateral del importe de la deuda a que conducen las denominadas hipotecas de máximo (vid. *supra*).

⁸² Reconduciéndolo, en el sentido de que la alegación de cláusulas abusivas en el transcurso de la ejecución solo tiene carácter preceptivo cuando de las mismas pueda derivarse la extinción de la obligación garantizada y, en consecuencia, la nulidad de la hipotética ejecución hipotecaria que se llevase a término. En cuyo caso la protección meramente indemnizatoria sí que resultaría efectivamente insuficiente para dispensar una protección eficaz al consumidor, por cuanto este se habría visto privado ya, injustamente, de su vivienda. Una privación que caso de haberse permitido la alegación y apreciación del carácter abusivo en el seno de la propia ejecución no se produciría (vid. *supra*).

⁸³ Que, recordemos, preceptúa que: «*Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato*».

⁸⁴ Que son los dos únicos motivos de oposición propiamente dichos actualmente previstos por el artículo 695 LEC. Puesto que, si bien se contempla también como motivo de oposición el error en la determinación de la cuantía exigida por vía ejecutiva (pluspetición), los

judicial suspende la ejecución en curso y convoca a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que dictó la orden de ejecución, en la cual se oye a las partes y se examinan los documentos presentados por el deudor que justifican la concurrencia del motivo esgrimido.

Tras esta comparecencia el Tribunal decide acerca de la admisión o no del motivo aducido por la parte ejecutada⁸⁵, y, caso de que finalmente acuerde tal admisión, procede a decretar mediante auto el sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado, tras lo cual se dará inicio a un proceso declarativo en el que solventar los problemas anudados al título o a la hipoteca.

Como decimos, este tratamiento procesal, dispensado por la LEC, resulta admisible en los casos en que la nulidad del clausulado del contrato (por abusivo) implique la ineffectuación total del mismo, ya que, no en balde, semejante tipo de ineffectuación implica la extinción de la obligación garantizada y de la hipoteca. Dicho de otra forma, la nulidad absoluta del contrato de préstamo hipotecario se corresponde con el supuesto de hecho de las causas de oposición ya previstas desde antaño por la LEC, lo que, acto seguido, puede justificar que se le asocie, como a estas, el efecto de sobreseer la ejecución y forzar el inicio de un proceso de naturaleza declarativa.

Sin embargo, la procedencia de reformar la LEC en materia de ejecución hipotecaria para permitir la alegación de cláusulas abusivas no se circumscribe únicamente a tales casos, como avala la circunstancia de que la sentencia haya sido dictada en el transcurso de un litigio en el que las cláusulas controvertidas nunca darían lugar a decretar la referida ineffectuación total del contrato.

Y en estos casos de nulidad parcial, dado que lo que en realidad se opera es una minoración de la cuantía por la que la ejecución debe despacharse, a

efectos procesales anudados a tal motivo lo diferencian nítidamente de los otros dos casos recogidos por la LEC.

⁸⁵ Una admisión que en el caso de la alegación de cláusulas abusivas resulta especialmente conflictiva, toda vez que, a diferencia de lo que ocurre con los motivos de oposición tradicionalmente regulados, para el juez que conoce de la ejecución será complicado en no pocos casos decidir si la cláusula alegada tiene o no carácter abusivo, dada la notable imprecisión que nuestro ordenamiento presenta en orden a la apreciación de muchas de tales cláusulas. No en balde, la propia admisión del motivo de oposición formulado implica en cierta medida prejuzgar el fondo del asunto que posteriormente se dirimirá en el declarativo correspondiente. Y este análisis previo del fondo en el caso de las cláusulas abusivas se torna muchas veces especialmente complejo como para ser decidido a los efectos meramente procesales que la admisión de la oposición supone. Mientras en los casos de oposición ya previstos por la LEC la concurrencia del motivo se evidencia, en principio, fácilmente a resultas de los documentos presentados por las partes en la comparecencia a que son citados, la determinación del carácter abusivo de una cláusula resulta más complicada desde el momento mismo en que no contamos en nuestro ordenamiento con un listado tasado de este tipo de cláusulas, ni respecto de muchas de ellas (como los intereses de demora o el vencimiento anticipado) de criterios que permitan al juez conformar un juicio «rápido» en torno a la validez/invalidad de las mismas dado su carácter pretendidamente abusivo.

resultas de la declaración de nulidad de parte del clausulado del contrato, nos encontramos ante una situación que guarda una enorme similitud con el supuesto de error en la determinación de la cuantía a que alude el artículo 695 LEC, y cuya alegación como motivo de oposición únicamente tiene por efecto una especie de suspensión intra-procedimental de la ejecución (art. 695.3 LEC), que no obliga a la incoación de un proceso declarativo adicional a los sujetos acreedor y deudor. Incoación que sí que resulta preceptiva en el caso de los otros dos motivos de oposición regulados por la LEC⁸⁶.

Aparejar en los casos de nulidad parcial del contrato el sobreseimiento del proceso de ejecución a la estimación de la existencia de cláusulas abusivas, en lugar de proceder inmediatamente dentro del propio proceso a minorar la cuantía por la que ha de proseguir la ejecución, como se prevé para los casos de pluspetición, implicaría dos inefficiencias graves⁸⁷.

La primera estriba en que tanto el deudor como el acreedor hipotecario se ven abocados tras el sobreseimiento de la ejecución a enfrentarse a la iniciación de un nuevo procedimiento judicial en el que dilucidar el alcance de la concurrencia de cláusulas abusivas sobre el contrato de préstamo y la hipoteca a él vinculada. Lo que supone un gasto y trastorno evidente para ambos.

La segunda se debe a que la declaración en este proceso judicial posterior de la nulidad únicamente parcial del contrato de préstamo permitirá la pervivencia de la garantía hipotecaria, como ha quedado evidenciado con anterioridad. Y esta viabilidad de la hipoteca conducirá en último término a que, tras semejante pronunciamiento, la entidad financiera acreedora se vea obligada a iniciar un nuevo procedimiento de ejecución hipotecaria que ponga fin al sinsentido procedimental a que se ha visto abocada, y que tan solo habrá permitido al consumidor dilatar en el tiempo la pérdida final de su vivienda.

De ahí que, partiendo del tratamiento tradicional conferido por la LEC a la concurrencia de motivos de oposición y suspensión, el debate debiera decantarse

⁸⁶ Dicho sea de paso que la proposición de Ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios concibe la existencia de cláusulas abusivas en el título del que trae causa la ejecución como motivo de oposición a la misma, distinguiendo los efectos aparejados a la admisión de dicha causa en función de que las cláusulas contractuales discutidas determinen la nulidad del contrato de préstamo o tan solo una minoración de la cantidad reclamada. En el primero de los casos se decretará el sobreseimiento, mientras que en el segundo se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva (y, por ende, operando una minoración de la cuantía reclamada). Y ello con ocasión de la reforma que opera del artículo 695 LEC.

Asimismo, idéntica línea se sigue respecto a las modificaciones que se introducen en los artículos 552, 557 y 561 LEC, referidos a la ejecución de títulos. Ratificando, en consecuencia, los razonamientos aquí efectuados.

⁸⁷ Que conviene tener presentes, aunque pueda objetarse a ellas que los mismos problemas se dan en los casos de estimación de los motivos de oposición de pluspetición y extinción de la obligación/garantía ya previstos por la LEC.

por la opción de la suspensión, con el fin de evitar la duplicidad de ejecuciones hipotecarias que acarrearía la introducción como motivo de oposición de la alegación de la existencia de cláusulas abusivas.

Lo ideal, sería que esta suspensión no supusiera la necesidad de iniciar otro proceso judicial, sino que se operara de forma intra-procedimental, como se contempla en los casos de error en la determinación de la cuantía. Pero, aunque la suspensión no operara dentro del propio proceso de ejecución, como ocurre en los casos de tercerías de dominio y prejudicialidad penal (previstos por los artículos 696 y 697 LEC), esta opción sería igualmente más deseable que aquella que contemplara la alegación de cláusulas abusivas como motivo de oposición cuando a tal motivo asociásemos el sobreseimiento del proceso.

Con esta segunda opción, si bien no se eliminaría el problema de la existencia de dos procedimientos judiciales, con los costes que ello acarrea tanto para el acreedor como para el deudor, sí que, al menos, se evitaría la duplicidad de ejecuciones hipotecarias en el tiempo, toda vez que decretada la nulidad parcial del contrato se reanudaría la ejecución por el montante correspondientemente (restados, en nuestro supuesto, los intereses de demora, básicamente) determinado en el proceso declarativo, bien sea por la totalidad del crédito (vencimiento anticipado) o limitando la ejecución a una parte del montante de dicho crédito.

En el caso de ineffectuación total del contrato la operatividad de la causa de suspensión provocará que tras el proceso declarativo en que se sentencie la nulidad de la obligación asegurada por la hipoteca, que corre la misma suerte que tal obligación, se sobreseyese la ejecución.

Ahora bien, una reforma que introduzca como causa de suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria la discusión en otro procedimiento, posterior o simultáneo, la existencia de cláusulas abusivas en el título en que se basa la hipoteca también plantea problemas difíciles de sortear.

Desde el prisma del acreedor, el inconveniente que fundamentalmente puede darse es la iniciación con carácter únicamente fraudulento y dilatorio por parte del consumidor de procesos en que se discutan tales cláusulas sin fundamento alguno. Lo que acto seguido obliga a incidir en las facultades de admisión a trámite del pleito por parte del juez que conoce de dicho proceso, debiendo establecerse unos requisitos mínimos y específicos a la demanda presentada que permitan inferir, al menos, una apariencia de buen derecho (*fimus boni iuris*), como ocurre en los casos de solicitud de medidas cautelares.

Lo ideal sería sin duda, también con ánimo disuasorio, exigir al deudor la prestación de caución suficiente para responder de los posibles daños y perjuicios que se puedan irrogar al acreedor. Pero esta opción resulta, cuando menos, ilusoria, puesto que estamos hablando, en la mayoría de los casos, de situaciones dramáticas, en las que si el deudor tiene serias dificultades o se le hace imposible abonar los distintos vencimientos del préstamo, más aún complicado le resultará ofrecer una caución de estas características.

Por otra parte, cabe también argumentar que, si bien la modificación de la LEC introduciendo la discusión sobre la existencia de cláusulas abusivas como causa de oposición (caso sobreseer cuando se estima tal causa) o de suspensión implica siempre la existencia de dos pleitos (el ejecutivo y el declarativo), la innecesidad de retomar la ejecución, suspendida o sobreseída, sería posible desde el momento mismo en que el acreedor podría proceder a la satisfacción de su crédito por medio de la ejecución de la sentencia dictada en el proceso declarativo que suspendió dicha ejecución, o que se inició tras estimarse la causa de oposición alegada. Ejecución de sentencia que resultaría, además, más sencilla que la ejecución hipotecaria misma, ya que determina, independientemente de que estemos en un caso de nulidad total o parcial, el montante de las prestaciones debidas recíprocamente por acreedor y deudor.

Un montante fijado por esta sentencia dictada en el declarativo al que, por lo demás, debería remitirse el órgano que conoce de la ejecución en los supuestos de nulidad parcial en los que se haya acordado la suspensión de la ejecución. Y en el caso de haberse paralizado la ejecución debido a la apreciación de una causa de oposición, y a haberse decretado el consiguiente sobreseimiento, la nueva ejecución que instase el acreedor sería realmente una ejecución de sentencia *sui generis*, porque también habría que reconducir inexorablemente la ejecución solicitada al fallo emitido en el proceso declarativo. En ambos casos no se estaría llevando a cabo la ejecución hipotecaria en los términos originarios pactados por acreedor y deudor, sino en la forma resultante de la sentencia dictada en el declarativo. Lo que contribuye a reforzar la conclusión apuntada de que sería posiblemente inadecuado e innecesario retomar la ejecución suspendida o iniciar una nueva.

Pero, y esto es de capital importancia, desde el prisma del deudor, el principio de efectividad a que alude el TJUE, y a que obliga la Directiva, exige, según ha precisado el propio Tribunal, que el juez, tan pronto disponga de los elementos de hecho y derecho necesarios para apreciar la existencia de cláusulas abusivas en un contrato, en el transcurso de cualquier procedimiento (de ejecución hipotecaria, monitorio...), y aunque el consumidor no haya alegado la existencia de tales cláusulas, deba proceder a su enjuiciamiento⁸⁸.

⁸⁸ La proposición de Ley en este punto resulta curiosa, por cuanto no contempla la discusión en torno a la existencia de cláusulas abusivas en el transcurso de la ejecución hipotecaria sino cuando el deudor la alegue como causa de oposición. Sin embargo, en la reforma propuesta para el artículo 552 LEC (Denegación del despacho de la ejecución y recursos) sí que parece preverse la posibilidad de que la apreciación de esta existencia de cláusulas abusivas sea efectuada directamente y de oficio por el juez con ocasión de examinar los presupuestos legales que deben concurrir para acordar el despacho de la ejecución.

La combinación de ambas previsiones permite concluir que la reforma sí que sigue los postulados del TJUE acerca de la necesidad de apreciación de oficio de cláusulas abusivas por los órganos judiciales. En nuestra opinión el hecho de que esta previsión se contenga en el artículo 552 en lugar de en el 695 LEC, se debe a la extensión de la obligación de enjuici-

Esta última precisión es la que permite en nuestra opinión entender que ni la introducción de la discusión sobre tales cláusulas como motivo de oposición a la ejecución, en los términos apuntados, ni como motivo de suspensión, cumplirían realmente de forma adecuada con las exigencias comunitarias propias del principio de efectividad en la protección de los consumidores y usuarios. Al menos según la interpretación que a nuestro juicio se desprende de la sentencia del TJUE recaída en el asunto *Banco Español de Crédito* y de la aquí comentada.

Todo lo cual, y puesto que parece que el conocimiento de la discusión y enjuiciamiento de las cláusulas abusivas deberían ser llevados a cabo por el juez que conoce de la ejecución hipotecaria y dentro de la misma (como una especie de incidente o suspensión interna análoga a la que se da en los casos de error en la determinación de la cuantía), nos lleva al apartado siguiente, dedicado a las facultades de que dispone el juez nacional en la materia en cumplimiento de los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario. Y quizás al sentido en que debiera orientarse la reforma de la ejecución hipotecaria española.

b) PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO Y ACTUACIÓN JUDICIAL: LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS POR EL JUEZ QUE CONOCE DE LA EJECUCIÓN

Tal y como se ha avanzado en el apartado anterior, una reforma de la LEC que permita alegar la existencia de cláusulas abusivas como causa de oposición o como motivo de suspensión de la pendencia de un proceso simultáneo/posterior en que se discute semejante cuestión, llevan aparejado, de suyo, el problema de la dualidad de procesos judiciales (e incluso de ejecuciones hipotecarias), con los costes y problemas que ello implica tanto para el deudor-consumidor como para el acreedor. Circunstancias por las que entendemos que una reforma en tal sentido podría resultar sumamente desaconsejable.

Por otra parte, y al margen de tales inconvenientes, según se ha dicho ya en páginas anteriores, no puede obviarse, a la hora de estudiar las distintas posibilidades de reforma de nuestra LEC, que la jurisprudencia del TJUE ha reiterado en el tiempo la obligación de apreciación de oficio por parte de los órganos judiciales de la existencia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con

ciamiento de oficio de cláusulas abusivas en toda clase de procedimientos, y no únicamente en la ejecución hipotecaria a que se refiere la STJUE aquí comentada. Pero, si ello es así, lo que no alcanzamos a comprender es por qué la reforma se centra solo en la ejecución y no se extiende también a otros procesos como el monitorio, en el que la apreciación debe hacerse también de oficio y no debe remitirse a un proceso posterior, según ha tenido ocasión de declarar ya el TJUE.

consumidores y usuarios⁸⁹, aun cuando no exista alegación del consumidor en este sentido. Y ello tan pronto como dispongan de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para proceder a un enjuiciamiento de tales características⁹⁰.

Esta obligación de apreciación de oficio de la existencia de cláusulas abusivas que pesa sobre el juez puede conducir, por sí misma, a que, con reforma o sin ella, en el transcurso del procedimiento de ejecución hipotecaria, y tan pronto como este disponga de elementos de juicio suficientes para ello (tanto fácticos como jurídicos), el órgano judicial correspondiente declare en el seno de dicho procedimiento la concurrencia de tales cláusulas y efectos aparejados a la misma (nulidad parcial o total)⁹¹. Una apreciación que se está instruyendo en muchos casos por los órganos judiciales españoles, a falta de reforma, apreciando la concurrencia de una causa de oposición que determina el sobreseimiento de la ejecución, o bien la estimación como causa de suspensión de la pendencia de un proceso declarativo entablado por el deudor, y en el que

⁸⁹ Caso de las sentencias *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* (asunto C-484/08), *Asturcom Telecomunicaciones, Pannon GSM, Mostaza Claro* (ya citadas), *Cofidis, S. A.* (asunto C-473/00), *Océano Grupo Editorial, S. A.* (asunto C-240/98), y *Banco Español de Crédito* (a que se ha aludido en diversas ocasiones), junto con la propia sentencia aquí comentada.

⁹⁰ Lo que el TJUE vuelve a resaltar en su razonamiento sobre la adecuación de la ejecución hipotecaria española a la Directiva 93/13.

⁹¹ En tal sentido señala MARCOS GONZÁLEZ que *en nuestro sistema jurídico se admite el control de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas, al tratarse de una nulidad de pleno derecho que la Ley impone imperativamente en defensa del consumidor y, en consecuencia, no infringe la prohibición de incongruencia la sentencia que aprecia de oficio determinadas cuestiones de orden público, por aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios, interpretada a la luz de la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, que se establecen, a fin de proteger al ciudadano en su papel de consumidor en la adquisición de servicios y bienes. Esta apreciación de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas procede también en el proceso de ejecución con las consecuencias que puede tener sobre el despacho de la ejecución, la admisión de la oposición a la misma, o en que se ordene seguir adelante con la ejecución pero por cuantía inferior a la fijada en la demanda ejecutiva. Y, por último, la apreciación de oficio de la nulidad de una cláusula abusiva puede dar lugar a la denegación de la petición del proceso monitorio. Conforme a esta interpretación, la apreciación de oficio procede aún en el supuesto en que la misma sea contraria a la normativa contenida en la ley procesal, y aún en el supuesto en que se desconozcan las garantías procesales constitucionalizadas de las partes, porque se entiende que la protección de los consumidores justifica cualquier incumplimiento o infracción de otras normas jurídicas «secundarias». Desde esta perspectiva maximalista, estaría plenamente justificada cualquier infracción de la normativa procesal si con ella se obtiene una protección de los consumidores, por lo que, a estos efectos, la defensa de la imperatividad de la normativa procesal carecería de relevancia. En consecuencia, poco importa que se deniegue inicialmente el despacho de ejecución por cuestiones de fondo, ajenas al control de los requisitos formales y procesales a que se refiere el artículo 551 de la LEC, o que se deniegue la petición de proceso monitorio a pesar de que la deuda cumpla con los requisitos del artículo 812 LEC, porque la protección del orden público implicado en la protección del consumidor justifica estas infracciones de carácter meramente procesal.* MARCOS GONZÁLEZ, María, *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 213 a 217.

se discuten determinadas cláusulas abusivas. Evitando así efectuar dentro del propio proceso de ejecución el enjuiciamiento de la clase de nulidad de que se trate y efectos derivados de ella.

Aunque, desde nuestro punto de vista en los casos en los que la existencia de cláusulas abusivas sea de una entidad tal que determine la nulidad absoluta del título en que se fundamenta la hipoteca, y la consiguiente ejecución hipotecaria, las consecuencias de la declaración de nulidad deberían dirimirse en un proceso declarativo posterior, toda vez que el procedimiento de ejecución iniciado pierde todo su sentido al desaparecer la garantía hipotecaria accesoria del título declarado nulo, o bien, y quizás más lógico, lo procedente sería denegar el despacho de la ejecución solicitada por el acreedor y remitir directamente a tal proceso declarativo.

Cabría la posibilidad de que el juez inadmitiese, dada la existencia de cláusulas abusivas, la solicitud de ejecución instada por el acreedor, tanto en los supuestos de nulidad parcial como de nulidad total. Sin embargo, consideramos que esta opción resulta excesivamente gravosa para el acreedor en las hipótesis de nulidad parcial, en las que el derecho de hipoteca subsiste dada su accesoriedad respecto al derecho de crédito garantizado. Un derecho de crédito que no se ve impedido en su vigencia por esa declaración de nulidad parcial «coactiva», y que hace que no tenga ningún sentido que, una vez admitida la validez de la hipoteca adyacente, se fuerce al acreedor a acudir a un proceso declarativo ordinario/verbal en el que se determine el montante finalmente garantizado por el derecho real de garantía suscrito, una vez deducidos los importes derivados de la declaración de nulidad de parte del clausulado del contrato de préstamo, para, posteriormente, poder iniciar definitivamente una ejecución hipotecaria inevitable.

De tal manera que en nuestra opinión la inadmisión de la ejecución hipotecaria debería quedar vedada a aquellos supuestos en los que el juez que conoce de la misma haya llegado al convencimiento, con los datos fácticos y jurídicos que obran en su poder, de que puede estar ante un supuesto de nulidad total y absoluta del contrato de préstamo hipotecario, remitiendo, en consecuencia, al acreedor y deudor a un proceso declarativo posterior en el que dirimir tal nulidad y efectos de ella derivados para ambas partes. O bien, y dada la referida obligación de apreciación de oficio de la nulidad, alegada o no, el juez que conoce de la ejecución podría determinar él mismo tal nulidad total del contrato, poner fin a la ejecución y remitir a su vez a un proceso declarativo para concretar los efectos aparejados a la nulidad en cuestión. Incluso cabría mantener la tesis de que en los supuestos de nulidad total el procedimiento de ejecución hipotecaria debería transmutarse, en términos parecidos a lo que ocurre con el proceso monitorio, automáticamente en un proceso declarativo con todas las garantías.

Lo cual, por lo demás, no supone sino reconocer, en línea con lo dicho anteriormente, la introducción, en los casos de nulidad total (que sin duda serán prácticamente inexistentes en el ámbito que nos ocupa), de la existencia de cláu-

sulas abusivas como una especie de causa de oposición que acarrea la finalización de la ejecución en curso y que deriva, necesariamente, en el inicio de un proceso ulterior. Mientras que, en los casos de nulidad parcial estaríamos en presencia de una causa de suspensión de la ejecución, pero que no debiera operar a resultas del inicio por el deudor de un proceso simultáneo o posterior e independiente, sino dentro del propio procedimiento ejecutivo, en el que debería enjuiciarse la nulidad y determinar sus efectos en orden a la minoración de las obligaciones objeto de cobertura hipotecaria, evitando así la dualidad de procesos aludida y confiriendo una adecuada tutela, rápida y eficaz, tanto del deudor como del acreedor.

En todo caso, estas posibilidades de actuación del juez nacional en materia de ejecuciones hipotecarias en los supuestos en que concurren cláusulas abusivas no resultan nuevas, sino que ya eran perfectamente plausibles con anterioridad al pronunciamiento recaído en la sentencia objeto de comentario, en aplicación de la jurisprudencia del TJUE resultante de diversas cuestiones prejudiciales planteadas en el pasado respecto a la imposibilidad de alegación de cláusulas abusivas en otra clase de procesos como, por ejemplo y en el caso de España, el monitorio, a que se refería la sentencia *Banco Español de Crédito*. De ahí que no deba sorprender en exceso el fallo del Tribunal en lo que hace a la vulneración del principio de protección eficaz de los consumidores y usuarios por parte de nuestra legislación procesal en materia hipotecaria. Dicho de otra forma: la judicatura española ya contaba con la posibilidad de entrar a conocer tales cláusulas en las ejecuciones hipotecarias antes de que se dictase la sentencia.

Sin embargo, debe prestarse especial atención, tras el fallo recaído, al hecho de que, si bien las facultades de actuación esbozadas del juez que conoce de la ejecución hipotecaria en orden a la apreciación y enjuiciamiento, por abusivas, de la nulidad de determinadas cláusulas o del título mismo están ahí con reforma de nuestra LEC, sin ella, o contra ella, no por ello debe desperdiciarse la oportunidad de efectuar una reforma sosegada y bien meditada, a que por lo demás parece obligar la sentencia, que cercene toda posibilidad de afloramiento de pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello implica y los indeseables efectos, de ella derivados, que se producirían en el mercado del crédito hipotecario⁹².

Y es que aunque los principios de primacía y efecto directo⁹³ del Derecho comunitario, la teoría del acto aclarado⁹⁴ y el carácter vinculante de los pronun-

⁹² Contrayéndolo, encareciéndolo, o sencillamente anulándolo en muchos casos.

⁹³ Sobre el efecto directo del Derecho comunitario referido a las Directivas, vid. WARD, Angela, «More tan an Infant Disease; Individual Rights, EC Directives, and the Case for Uniform Remedies», en *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Europa Law Publishing, Groningen, 2002, págs. 45 y sigs.

⁹⁴ Vid. CIENFUEGOS MATEO, Manuel, *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros*, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 465 y sigs.

ciamientos del TJUE resultantes de las cuestiones prejudiciales interpretativas que se le formulan desde los distintos Estados miembros⁹⁵, sirven ya, por sí mismos, para que nuestros Juzgados y Tribunales den rendida cuenta de la tutela eficaz del consumidor en materia de cláusulas abusivas a que la Directiva 93/13 obliga, nuestro legislador puede, y debe, aclarar esta perniciosa situación de inseguridad jurídica, proscrita tanto por el artículo 9.3 CE como por el propio ordenamiento comunitario, y en la que actualmente nos encontramos tanto los consumidores como las entidades financieras⁹⁶, sin obviar, claro está, los propios problemas de la judicatura al respecto.

⁹⁵ Partiendo de la distinción entre cuestiones prejudiciales interpretativas y de validez, recuerda RUIZ-JARABO COLOMER que, *la fuerza vinculante también se predica [además de en el caso de las de validez] para las sentencias interpretativas, ya que, de otro modo, se frustraría su función uniformadora. La seguridad jurídica y la igualdad frente a la ley, principios compartidos por los Estados miembros, quedan así garantizadas*. Y ello aunque *la eficacia de estas resoluciones, que han de tener sentido objetivo capaz de conferirles carácter general, se desvanece cuando el Tribunal de Justicia, al excederse de su tarea hermenéutica, emite decisiones que incumben a supuestos concretos de aplicación e interpreta el derecho de un Estado, suplantando a los jueces nacionales*. RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso, *La justicia de la Unión Europea*, Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 54. Carácter vinculante de las sentencias prejudiciales interpretativas que tiene su origen en las sentencias *Da Costa*, de 27 de marzo de 1963, y *CILFIT*, de 6 de octubre de 1982. Cfr. SARMIENTO, Daniel, *Poder judicial e integración europea (La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión)*, Thomson-Civitas, Navarra, 2004, págs. 80 y sigs.

⁹⁶ Tal y como precisa ALONSO GARCÍA, no cabe olvidar que *el principio de primacía no deja de ser uno más —capital, eso sí— de los integrantes del sistema que preside las relaciones entre el Derecho comunitario y el de los Estados miembros. Y entre dichos principios, destaca el de seguridad jurídica (también consagrado, conviene no olvidar, por el art. 9.3 CE): ya en 1974, en el asunto Comisión v. Francia, de 4 de abril (167/73), y frente a las alegaciones del Gobierno francés que negaban el incumplimiento «resultante del solo hecho de mantener la norma controvertida en el ordenamiento jurídico nacional, sin que se tome en consideración la aplicación que de la misma se haga en la práctica», el TJCE afirmó que el mantenimiento mismo de legislación interna contraria a la comunitaria «da lugar a una situación de hecho ambigua, al mantener, para los sujetos de derecho afectados, un estado de incertidumbre en cuanto a las posibilidades de que disponen de invocar el Derecho Comunitario». Ciento es que el principio de seguridad jurídica no lo lleva el TJCE, al día de hoy, hasta el punto de imponer la depuración erga omnes vía judicial. Pero no lo es menos que dicho principio sí que sirve para marcar pautas interpretativas a los sistemas jurídicos nacionales a la hora de hacer operativa la primacía. Con otras palabras, no creo que pueda sostenerse que el Derecho Comunitario persiga, sin más, el puro desplazamiento en el caso concreto del Derecho interno con él incompatible, inspirado por una filosofía flexible que evitaría tener que promulgar de nuevo Derecho interno en caso de retirada ulterior del Derecho Comunitario. Y es que, por encima de la carga de trabajo que ello pueda suponer para el poder normativo nacional, está la seguridad del operador jurídico, comenzando por el ciudadano y terminando por el juez, a la hora de moverse en un marco normativo cuya, ya de por sí, complejidad se ve acentuada, hasta llegar a transformarse en incertidumbre, por el hecho de mantener normas en un limbo jurídico, esperanzadas con una redención que, amén de insegura por no decir improbable, podría incluso en caso de materializarse no ser acorde con las circunstancias que inspiraron su creación*. ALONSO GARCÍA, Ricardo, *El juez español y el Derecho Comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, págs. 74 a 76.

Una situación que hace depender el éxito y debida garantía de los derechos de unos y otros de la valía profesional, conocimientos y pericia tanto de los propios abogados que ostentan la defensa de particulares y bancos como de los titulares de los distintos órganos judiciales. Unido al hecho de que la falta de reforma podría conducir al inicio de acciones, de consumidores y acreedores, encaminadas a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por falta de trasposición o trasposición indebida de la Directiva⁹⁷, así como la incoación de un procedimiento sancionador de la Comisión por las mismas circunstancias.

A resultas de cuanto antecede, la reforma legislativa es cuestión debida a todos los operadores jurídicos si no quieren sino acrecentarse los problemas, ya de por sí de enorme enjundia, que tenemos sobre la mesa. La introducción vía LEC de la posibilidad expresa de enjuiciar la existencia de cláusulas abusivas en el transcurso de la ejecución hipotecaria, aun resultando a nuestro juicio innecesaria en los supuestos de nulidad parcial para dispensar la protección que finalmente corresponderá en todo caso al consumidor afectado (meramente indemnizatoria), y a pesar de lo erróneo del razonamiento llevado a cabo por el TJUE, al confundir tal categoría con la propia de la nulidad absoluta y total (del título que sirve de presupuesto a la hipoteca) que sí que conlleva la ilegítima transmisión irreversible del inmueble y su consiguiente pérdida indebida por el ejecutado, ha de materializarse de alguna forma.

Ahora bien, dicha reforma de la LEC ha de operarse teniendo presente el error en que incurre el TJUE cuando confunde las susodichas categorías de ineeficacia total y parcial, y siendo conscientes de los problemas que acarrea la mera introducción de la discusión sobre el carácter pretendidamente abusivo de determinadas cláusulas como causa de oposición o suspensión para el acreedor y el deudor.

Así, en nuestra opinión, la opción «menos mala» para rendir cuenta a las obligaciones del legislador derivadas de la sentencia dictada pasaría, partiendo de los grandes condicionantes señalados, por modificar la LEC en el sentido de permitir que en los supuestos en los cuales podamos estar en presencia de un contrato de préstamo viciado de nulidad parcial el juez, de forma análoga a lo que ocurre con los motivos de oposición regulados por el artículo 695 LEC, dado que este tipo de ineeficacia no obsta a la pervivencia de la hipoteca ni a la efectiva materialización de la ejecución hipotecaria, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y Derecho necesarios, a la vista de la documentación presentada, convoque a las partes a una comparecencia en la que pueda conformarse un juicio definitivo acerca de los conceptos/obligaciones/importes

⁹⁷ Vid., en este sentido, PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen, *Responsabilidad del Estado frente a particulares pos incumplimiento del Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 126 y sigs; WARD, Angela, *Judicial Review and The Rights of Private Parties in EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, págs. 91 y sigs.; y JANS, Jan H., «State Liability: In Search of a Dividing Line Between National and European Law», en *Interface between EU Law and National Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007, págs. 279 y sigs.

por los que finalmente ha de despacharse la ejecución. Una comparecencia en la que la dificultad de enjuiciamiento por parte del órgano judicial del carácter abusivo o no de las cláusulas discutidas se vería enormemente simplificada si el legislador sustantivo acotase debidamente los casos en los que el tipo de interés de demora resulta abusivo (fijando un tope máximo) o las condiciones en las que el vencimiento anticipado del crédito puede operar (cuántos vencimientos impagados deben concurrir).

Por el contrario, cuando nos encontramos con un contrato del que el juez tenga serias sospechas de que se encuentra viciado de nulidad total (del que el juez tenga serias sospechas de que se encuentra viciado de nulidad total), habida cuenta de la documentación obrante en Autos, y a resultas del clausulado del título que le es presentado como presupuesto necesario para instar la ejecución, debiera permitirse decretar la inadmisión de la demanda ejecutiva. Una inadmisión que convendría, por lo demás, que gozase de una fundamentación prolífica y suficiente, amén de ser susceptible de ser recurrida por el acreedor y reconvenida por el deudor. Y a pesar de que, en los casos de nulidad total, el deudor termine finalmente por perder la vivienda, si bien no por mor de la ejecución hipotecaria sí como consecuencia de la posterior ejecución dineraria a que se verá abocado.

Creemos que, una reforma en tal sentido podría suponer un adecuado, o al menos razonable, punto de encuentro entre los intereses de acreedores y deudores, favorecer enormemente la economía procesal (tan preciada en los tiempos que corren) y satisfacer adecuadamente las exigencias derivadas de la Directiva 93/13 tal y como ha sido interpretada por el TJUE.

Independientemente de ello, de que la reforma se opere, que se haga adecuadamente, en los términos propuestos o en otros, y que ello sea necesario para cumplir con las obligaciones de nuestro ordenamiento para con el Derecho comunitario, nuestro convencimiento y nuestra propuesta pasa por el necesario reforzamiento de los mecanismos de control previo en materia de contratación de préstamos hipotecarios y en la depuración normativa jurídico-sustantiva de determinadas cláusulas abusivas sobre las que versan el grueso de los pleitos entablados. Unas cláusulas magníficamente representadas por las discutidas en el asunto objeto de la cuestión prejudicial que nos ocupa, y por algunas otras de las que recientemente acabamos de conocer la opinión de nuestro Tribunal Supremo (concretamente de las cláusulas suelo).

V. LA NECESARIA POTENCIACIÓN DE LOS MECANISMOS DE CONTROL PREVIOS A LA VÍA JUDICIAL EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Quienes se enfrentan diariamente al batallar judicial siempre tienen en mente la llamada maldición gitana de «pleitos tengas y los ganes». Una maldición que

no por burda y sencilla carece de razón, dada la elevada incertidumbre que todo pleito reviste⁹⁸, y que cobra un mayor sentido en contextos sociales como el actual, en que cada día asistimos impertérritos a incontables ejecuciones hipotecarias y desahucios que suponen un drama no solo para sus víctimas, sino también para sus ejecutores.

Conscientes, como hemos razonado a lo largo de las páginas precedentes, de que, en último término, una ejecución hipotecaria tiene lugar fruto de la imposibilidad del deudor de hacer frente a su obligación contractual más primigenia y esencial, cual es la del reintegro del principal prestado para la adquisición de su vivienda, y de que nuestro régimen jurídico, y más concretamente procesal, poco o nada tiene que ver con dicha complicación sobrevenida, lo que sí que es cierto es que bastante tiene ya una familia víctima de semejante situación con verse privada de su vivienda habitual por vía ejecutiva como para, además, tener que en el discurrir de ese trance discutir si los intereses de demora, la cláusula de vencimiento anticipado, la cláusula suelo pactada o la determinación unilateral del importe de la deuda por el acreedor son o no abusivas y deben responder de las consecuencias a ellas aparejadas, no solo con el inmueble de su propiedad, sino, también, con todo su patrimonio presente y futuro (*ex art. 1911 CC*).

La máxima liberal del *laissez faire laissez passer et le monde va de lui-même*, que ha imperado en los años precedentes en el mercado del crédito hipotecario, unida a la enorme dificultad de enjuiciamiento que tradicionalmente hemos asociado a las cláusulas contractuales aludidas, insuficientemente reguladas pero abundantemente estudiadas, y no pocas veces objeto de propuestas de reforma (acudiendo para ello al sentido común o a los ejemplos de Derecho comparado), creemos que, aunque pueda ser sospechosa de demagógica «a toro pasado», tiene buena parte de culpa.

El legislador ha sido capaz de introducir en nuestro ordenamiento hipotecario figuras sumamente complejas tales como la hipoteca de máximo, que van ineludiblemente asociadas a la realidad económica que ha conducido a que este derecho real de garantía haya terminado por convertirse en algo más, y en un concepto extrajurídico: un producto financiero⁹⁹.

⁹⁸ Y a la que contribuyen sin duda nuestro sistema judicial que (a diferencia del *common law*) no se cimenta sobre la base del principio *stare decisis*, así como la inoperatividad real para el justiciable de los recursos, que dilatan enormemente en el tiempo la finalización de la *litis*, con el desgaste económico y personal que ello acarrea.

⁹⁹ Tal y como recientemente, muy acertadamente, expuso en su conferencia en torno al papel de los registradores ante la crisis hipotecaria Celestino PARDO (en el transcurso de la jornada *Crisis hipotecaria: Responsabilidades y soluciones*, organizada a tales efectos por la Cátedra de Amparo de Derechos y Libertades de la Procuradora General del Principado de Asturias) y del que como botón de muestra sirven las denominadas hipotecas *subprime* por todos conocidas, desgraciadamente, hoy día. Una muy interesante exposición sobre la interrelación entre el mercado financiero, las hipotecas y la crisis actual a partir de lo ocurrido en Estados Unidos, puede verse en GONZÁLEZ MOTA, Emiliano, y MARQUÉS SEVILLANO, José

Sin embargo no hemos acertado a poner coto a algo tan sencillo como los intereses de demora, estableciendo un tipo porcentual máximo que limitase no pocos abusos, o a determinar las condiciones en las cuales las cláusulas de vencimiento anticipado pueden entrar en juego de una forma razonable y adecuada a la entidad e importancia que un contrato de préstamo hipotecario reviste¹⁰⁰. La precisión de estos extremos es la que precisamente permitiría que el enjuiciamiento de este tipo de cláusulas en el transcurso de la propia ejecución, por medio de un incidente procesal, pudiera resultar viable y conforme con las necesarias garantías que en el debate planteado deben tener tanto el acreedor como el deudor.

Si bien la declaración de las cláusulas contractuales que incorporan estas y otras estipulaciones únicamente conducirá a la declaración de nulidad parcial del contrato y no evitará la ejecución, no acabando en ningún caso (en contra de lo que falsamente transmiten los medios de comunicación y pretenden vender no pocos operadores jurídicos) con el problema social aparejado a las ejecuciones, y aunque la nulidad total pone en un escenario casi todavía peor al deudor, si conseguimos lograr al menos que en el transcurso de una ejecución hipotecaria, que debe ser rauda y veloz, como exige la seguridad del crédito y toda política económica occidental deseaba y desea, no debamos adicionar al infortunio de la pérdida de la vivienda por parte de una familia un debate agregado, en torno a si tal o cual cláusula quedan comprendidas dentro del ámbito de la cobertura hipotecaria, habremos avanzado mucho.

A tales efectos, afirmado el carácter principal de la obligación de reintegro del principal prestado, y en su caso de los intereses remuneratorios, y admitida la accesoriedad de obligaciones como el vencimiento anticipado, el abono de intereses de demora, etc., cuya inclusión dentro del ámbito de garantía hipotecaria se supeditan a su debida inscripción, separada y expresa, en el Registro de la Propiedad, para poder gozar de trascendencia real y no meramente obligacional, surge acto seguido la pregunta en torno al papel que la calificación registral debe ostentar en nuestro ordenamiento¹⁰¹.

Manuel, «Perspectivas de reforma de la financiación de la vivienda tras las crisis financiera internacional: de las prescripciones del FMI a las iniciativas reguladoras en Estados Unidos», en *Garantías reales en escenarios de crisis* —dir. Elena LAUROBA LACASA—, Marcial Pons, 2012, págs. 39 y sigs.

¹⁰⁰ La operatividad de tales cláusulas por el mero impago de uno solo de los vencimientos pactados está específicamente respaldada por la LEC, aunque en la práctica es de reconocer que las entidades financieras suelen esperar e intentar renegociar y conceder moratorias al deudor antes de hacer uso de las facultades reconocidas en aplicación del vencimiento anticipado.

¹⁰¹ Tal y como señalaba YSAS SOLANES, mucho antes de encontrarnos en la desesperada situación actual, la oposición en vía de ejecución hipotecaria *es difícil y queda en evidencia la indefensión del deudor, lo que hace pensar en la previsión de estas situaciones a priori, es decir, en la calificación registral, teniendo en cuenta lo abusivo de la cláusula en cuestión*. YSAS SOLANES, María, *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, La Ley, Madrid, 1994, pág. 128.

Al decir esto no descubrimos precisamente nada nuevo, puesto que sobre el papel que los registradores y notarios deben ostentar en materia de control de cláusulas abusivas han corrido ríos de tinta en todos los sentidos¹⁰². Y a tales efectos el papel del legislador jurídico-sustantivo a que aludimos reviste una importancia capital para decantar la balanza, propiciando un mayor intervencionismo y seguridad en tal control, y sobre la cual nos resignamos a no incidir con carácter previo a las conclusiones del presente trabajo.

El notario puede propiciar, en base a la información y advertencias puestas a disposición del consumidor, la falta de firma del contrato, y el registrador la falta de inscripción hipotecaria de tal o cual cláusula y obligaciones a ella aprehendas. Pero para ello la tesis tradicional ha sido la de que un control de tales características solo podía tener lugar en los casos de *cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación*, como preceptúa el artículo 84 TRLGDCU, no estando tales operadores legitimados para operar control alguno sobre el fondo más allá de las cláusulas en que concurriesen tales circunstancias, o bien en el de aquellas que se opusiesen frontalmente a lo establecido, como por lo demás no podía ser de otra forma, en aplicación del principio de legalidad, en una norma jurídico sustantiva.

Un precepto junto al que deben tenerse presentes además los artículos 12¹⁰³, 18 y 258.2 LH.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ratificó esta postura restrictiva¹⁰⁴, aunque posteriormente ha modificado su parecer a través de las Resoluciones de 1 de octubre y 4 de noviembre de 2010 y 11 de enero de 2011.

¹⁰² A tales efectos pueden verse, entre otros, CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Rafael, «Las cláusulas de...», *ob. cit.*, págs. 74 y sigs.; GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación y la eficacia de la inscripción», en *La contratación bancaria* —coords.: Enrique GADEA SOLER y Adolfo SEQUEIRA MARTÍN—, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007, págs. 241 a 276; BALLUGERA GÓMEZ, Carlos, «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas en las hipotecas», en *Ejecución Hipotecaria: Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters, Navarra, 2012, págs. 411 a 441; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M., «Las condiciones generales de la contratación y su control en el ámbito registral», en *Revista La Ley*, núm. 148, 2008, págs. 1763 a 1770; BUSTO LAGO, J., «El control registral de las condiciones generales de los contratos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 667, 2001, págs. 1939 a 2004; HERBOSA, Inmaculada, *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, págs. 69 a 81; y GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo III (Calificación, trato, especialidad y otros principios), Civitas, Madrid, 2002, págs. 458 y sigs.

¹⁰³ Una crítica al sistema de calificación registral instaurado por el artículo 12 LH, tras la reforma operada por la Ley 41/2007, puede verse, entre otros, en BUSTO LAGO, José Manuel, «Las cláusulas de interés variable y...», *ob. cit.*, págs. 412 y sigs.

¹⁰⁴ Cfr. Resoluciones de la citada DGRN, de 19 de abril de 2006.

Una modificación que encuentra su razón de ser en la STS de 16 de diciembre de 2009 y en la sentencia del TJUE *Pannon GSM*.

Una nueva línea, no exenta de detractores, que implicaría, como señala Goñi RODRÍGUEZ DE ALMEIDA¹⁰⁵, que *el registrador... sí que puede, o incluso debe, rechazar aquellas condiciones generales incluidas en un contrato de préstamo hipotecario, que sean objetivamente abusivas por coincidir con algunas de las enumeradas en la lista de la LGDCU, aunque no hayan sido declaradas nulas en sentencia firme, ni inscritas en el Registro de Condiciones Generales¹⁰⁶, cuando por ser abusivas, supongan una vulneración de la buena fe objetiva y del equilibrio de las prestaciones.*

El problema fundamental que plantea esta tesis, compartida por lo demás, es que las cláusulas abusivas contenidas en el TRLGDCU tienen un carácter sumamente abstracto, unido al hecho de que el listado contenido en dicha norma posee carácter meramente ejemplificativo, y no tasado. De ahí el necesario reforzamiento del papel del legislador sustantivo en la definición y coto al tema de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario, y su importancia, al menos en los casos de aquellas cláusulas más utilizadas y controvertidas en la práctica. Un reforzamiento necesario del que parece estar tomándose conciencia a consecuencia no solo del pronunciamiento del TJUE, sino de la propia presión social ejercida por múltiples colectivos sociales, como la Plataforma de Afectados por la Hipoteca.

Sin perjuicio del papel del notario, que, como decimos determinaría la inexistencia del contrato mismo caso de no autorizarlo o de informar adecuadamente al consumidor de lo que firma, la falta de inscripción en el Registro de estas cláusulas abusivas determinaría, si bien no la exacción de la obligación en el plano personal (el contrato de préstamo obliga independientemente de que tal o cual cláusula no se encuentre cubierta hipotecariamente), la inexistencia de discusión alguna en sede judicial, al menos en el transcurso de un procedimiento de ejecución hipotecaria, y, por ende, un problema menos a tratar.

En suma, se trata de reconducir el control de este tipo de cláusulas del ámbito judicial (en el transcurso de la ejecución) al ámbito jurídico-sustantivo. De delimitar y perfeccionar un control *a priori* que se ha demostrado insuficiente desde el momento mismo en que llegan a los Juzgados y Tribunales contratos de préstamo hipotecario con, por ejemplo, intereses de demora pactados del 30

¹⁰⁵ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «El control registral de las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 705, 2008, págs. 409 y 410.

¹⁰⁶ Vid., sobre el papel y caracteres de este Registro, RUIZ-RICO RUIZ, Catalina, *El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación (apuntes críticos al Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2003.

o el 40 por 100, y en los que el desequilibrio de las prestaciones de las partes resulta clamoroso.

Este control, reivindicada la nulidad parcial de los contratos de préstamo hipotecario en que concurren cláusulas abusivas como categoría general que conformará la mayoría de los supuestos que se darán en la práctica, y confinada la nulidad total a un plano secundario y prácticamente inexistente, a salvo en los casos de vicios del consentimiento de cierta enjundia, minimizaría en buena medida el problema abordado por el TJUE, y constituiría sin duda un medio mucho más eficaz de protección de los consumidores y usuarios que el régimen indemnizatorio previsto por el artículo 698 LEC o que los medios de reforma de la LEC propuestos.

Pero para ello, tal y como se avanzaba, es necesario que el legislador dé un paso al frente que dote estas posibilidades de control previo de una mínima y adecuada seguridad jurídica, tanto para quienes se pueden ver perjudicados por él (acreedores) como para los deudores. Y sin duda, también para los registradores y notarios temerosos o recelosos de tal control.

VI. CONCLUSIONES

El sistema de protección meramente indemnizatorio previsto por nuestra LEC para el caso de que existan cláusulas abusivas determinantes de la nulidad parcial o total del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre un consumidor y una entidad financiera no resulta eficaz ni conforme con la Directiva 93/13, según la opinión mantenida por el TJUE.

Pero el hecho de que, además esta protección de índole económica se produzca de forma posterior a la ejecución hipotecaria, y en el transcurso de un proceso declarativo que ninguna repercusión tiene sobre la ejecución en curso, es el que verdaderamente resulta determinante en el fallo adoptado por el Tribunal.

Y lo es desde el momento mismo en que comete el error de aparejar a la declaración de abusividad de parte del clausulado del contrato la nulidad del contrato de préstamo en su totalidad y de la hipoteca adyacente a él. Razonamiento que le conduce a presuponer que la ejecución hipotecaria llevada a cabo con anterioridad a esta declaración resultaría nula de pleno derecho, y, por lo tanto, injusta e inadmisible. De tal manera que el consumidor se vería privado, cuando no debiera haber sido así, de su vivienda.

En las páginas precedentes hemos puesto de relieve la inconsistencia y falsedad de este razonamiento seguido por el TJUE, por cuanto el mismo cimenta la ineficacia del sistema indemnizatorio previsto en estos casos por la LEC en el hecho de que dicho sistema no evita la pérdida injusta de la vivienda por el consumidor en el proceso de ejecución hipotecaria.

Y lo hemos hecho al razonar cómo en los supuestos de nulidad parcial del contrato de préstamo (como en el caso del litigio al hilo del que se planteó la cuestión prejudicial) la hipoteca sigue siendo viable, y la ejecución previamente llevada a cabo no resulta nula. En definitiva, evidenciando que, en casos como este, una protección indemnizatoria que compense al consumidor por las cantidades indebidamente pagadas en concepto, por ejemplo, de intereses de demora es la que en todo caso se producirá, y que la pérdida de la vivienda, aunque posterior en el tiempo, siempre terminará teniendo lugar de una forma u otra.

Una conclusión sobre el carácter meramente económico de la discusión sobre el clausulado del contrato de préstamo hipotecario que no se ve alterada en los casos de nulidad total, en los que, si bien la hipoteca y la ejecución llevada a cabo son también nulos, y el parecer del TJUE puede resultar más adecuado a la realidad, también la pérdida de la vivienda por parte del consumidor insolvente se llevará a término. Y ello a resultas de las obligaciones de recíproca restitución de las prestaciones recibidas por el deudor y acreedor, a que conducen inexorablemente los artículos 83 TRLGDCU y 1303 del CC. Estripando la única diferencia en estas hipótesis de nulidad total en el hecho de que si bien la vivienda no se perderá a través de una ejecución hipotecaria, sí que el consumidor se verá privado de ella como consecuencia de la ejecución dineraria de la sentencia dictada en el proceso declarativo que declare la nulidad total.

Esta pérdida irremediable de la vivienda, en uno y otro caso, hace que toda argumentación en torno a la injusta pérdida de la misma por el consumidor, derivada del hecho de no poder discutirse el clausulado abusivo del contrato en el transcurso de la ejecución hipotecaria, caiga por su propio peso. Es decir, la ineeficacia de la protección al consumidor y usuario no se puede aparejar a la pérdida de la vivienda, porque la misma se debe, en términos de resultado, a la imposibilidad del deudor de hacer frente a sus obligaciones contractuales con independencia de la nulidad parcial o total del contrato.

La clase de nulidad es indiferente porque, en la parcial deberá asumir unas obligaciones dinerarias, que subsisten a este tipo de nulidad, y en la total deberá proceder al reintegro de la totalidad del principal prestado para la adquisición de su vivienda. Y, en uno y otro caso la desgraciada situación económica de nuestros deudores hipotecarios hace inviable la satisfacción de los derechos del acreedor derivados de la declaración de uno u otro tipo de nulidad.

Pese a todo ello, el TJUE ha emitido su opinión, y nuestra obligación pasa ahora, compartamos o no la tesis por él seguida, por proceder a reformar nuestra legislación procesal en materia de ejecuciones hipotecarias.

En esta preceptiva e inexcusable reforma nuestro legislador debe, como hemos razonado, distinguir nítidamente los casos de nulidad parcial y de nulidad total, desmarcándose así del error en que incurre el TJUE.

De forma que, en nuestra opinión, la forma más sencilla de dar cuenta de estas hipótesis, diferenciadas entre sí, pasa por permitir en los casos de nulidad parcial

que el juez que conoce de la ejecución hipotecaria pueda en el transcurso de esta apreciar y enjuiciar el carácter abusivo de determinadas cláusulas, y minorar la cuantía por la que ha de seguir la ejecución, en términos parecidos a lo que ocurre en los casos de oposición basada en la existencia de pluspetición (art. 695.3 LEC).

Una posibilidad de enjuiciamiento sobre el fondo del asunto que somos conscientes que entraña no pocos problemas, y cuya garantía y efectividad dependerá en buena medida de que en nuestro ordenamiento delimitemos de forma clara y precisa cuando las cláusulas sobre las que fundamentalmente se suscita el debate (vencimiento anticipado, intereses de demora...) son abusivas o no, facilitando así la labor del juez y minimizando la inseguridad y posible indefensión de las partes acreedora y deudora que se encuentran con la necesidad de discutir semejante extremo en el transcurso de un procedimiento ejecutivo, con las limitaciones que esta clase de proceso implica.

Y en el caso de la nulidad total del contrato, de la hipoteca y de la ejecución hipotecaria que pudiera llevarse a cabo en base a dicho contrato, y derecho real accesorio, creemos que la situación debe ser distinta. Tratamiento diferente que se fundamenta en el hecho de que las obligaciones de restitución a que conduce este tipo de nulidad, y que el órgano judicial deberá decretar, no tienen sentido dentro de un procedimiento de ejecución que resulta inviable, a resultas de la propia declaración de nulidad total.

Lo que hace que en tales hipótesis de nulidad total, residuales en la práctica, o bien deba decretarse la inadmisión a trámite de la ejecución solicitada, si el juez dispone de suficientes elementos de hecho y de Derecho para apreciar la nulidad total, ya en este momento, o bien deba permitirse la alegación como causa de oposición a la ejecución de esta clase de nulidad, sobreseyendo el proceso ejecutivo y remitiendo al declarativo que proceda. Remisión a un proceso declarativo que quizás podría operarse mediante la conversión automática del proceso ejecutivo en declarativo, de forma similar a lo que ocurre con el proceso monitorio, logrando así evitar en cierta medida una duplicidad de procesos judiciales que hemos criticado por engorrosa.

Todo lo cual, sin perjuicio de que consideramos que el verdadero problema de nuestro ordenamiento jurídico en materia de contratos de préstamo hipotecario y ejecuciones no radica tanto en la normativa procesal como en las deficiencias de nuestra legislación sustantiva en materia de cláusulas abusivas, y, más concretamente, en la insuficiencia y eficacia de los controles previos a la vía judicial, como los efectuados por los registradores y notarios, cuya función supervisora debiera salir reforzada tras los varapalos dados por el TJUE.

Habrá que ver ahora cuál es la línea y posición que, finalmente, adopta el legislador, y si, efectivamente, la reforma que se lleve a término se hace de forma suficientemente sosegada, como la enjundia del problema a resolver requiere, o si, por el contrario, asistiremos a una mera salida del atolladero con la que contentar demagógicamente a propios y extraños.

BIBLIOGRAFÍA

ADAN DOMÈNECH, Federic: *La ejecución hipotecaria*, Bosch, Barcelona, 2009.

ALBADALEJO, Manuel: *Derecho Civil*, vol. II (Derecho de Obligaciones), 11.^a ed., Bosch, Barcelona, 2002.

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *El juez español y el Derecho Comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*, Comares, Granada, 1999.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: *La causa del crédito hipotecario*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.

ANGUITA RÍOS, Rosa M.^a: *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2006.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «Accesoriedad y causalidad como notas de la hipoteca en nuestro Derecho», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III (Derechos reales, Derecho de familia), Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

ÁVILA NAVARRO, Pedro: *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.

BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas en las hipotecas», en *Ejecución Hipotecaria: Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters, Navarra, 2012.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «Apuntes sobre la novación y la accesorieidad en la hipoteca de máximo», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III (Derechos reales, Derecho de familia), Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

BUSTO LAGO, J.: «El control registral de las condiciones generales de los contratos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 667, 2001.

BUSTO LAGO, José Manuel, «Las cláusulas de interés variable y de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios: perspectiva del derecho de consumo (a la luz de algunas reformas legislativas recientes)», en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma* —coords.: José Carlos SÁNCHEZ GONZÁLEZ *et al.*—, Thomson-Reuters (Consejo General del Notariado), Navarra, 2010.

CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Rafael: *Las cláusulas de la hipoteca*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2006.

CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, 2002.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Cedecs, Barcelona, 1998.

CHICO Y ORTIZ, José María: *Estudios sobre Derecho Hipotecario* (Tomo II), 4.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

CIENFUEGOS MATEO, Manuel: *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros*, Bosch, Barcelona, 1998.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: «Una nueva necesidad: la protección frente a los destinos del legislador (comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1998.

CLEMENTE MEORO, Mario: «El régimen de ineeficacia de las cláusulas abusivas», en *Contratación y Consumo* —dir.: Francisco J. ORDUÑA MORENO—, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

CORDÓN MORENO, Faustino: «Comentario al artículo 695 de la LECiv. Oposición a la ejecución», en *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters, Navarra, 2012.

CORDÓN MORENO, Faustino *et al.* (coords.): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

DELGADO ECHEVERRÍA: *Elementos de Derecho Civil, II* (José Luis LACRUZ BERDEJO *et al.*), vol. 1.º (Derecho de Obligaciones), 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1985.

DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I (Introducción, Teoría del contrato), 6.ª ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2007.

— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II (Las relaciones obligatorias), 5.ª ed., Civitas, Madrid, 1996.

— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. VI (Derechos Reales), Thomson Reuters, Navarra, 2012.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Comentario al artículo 693 LEC», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* —dir.: Antonio María LORCA NAVARRETE—, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2000.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y TORIBIOS FUENTES, Fernando: *Ejecución hipotecaria de vivienda. Rehabilitación del préstamo y enervación de la acción*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

ESTRADA ALONSO, Eduardo, y FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio: «Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto *Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa*)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero de 2013 (núm. 735).

FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Comentario al artículo 693 LEC», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* —coords.: Faustino CORDÓN MORENO *et al.*—, Aranzadi, Navarra, 2001.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo III (Calificación, trácto, especialidad y otros principios), Civitas, Madrid, 2002.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación y la eficacia de la inscripción», en *La contratación bancaria* —coords.: Enrique GADEA SOLER y Adolfo SEQUEIRA MARTÍN—, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007.

GONZÁLEZ MOTA, Emiliano, y MARQUÉS SEVILLANO, José Manuel, «Perspectivas de reforma de la financiación de la vivienda tras la crisis financiera internacional: de las prescripciones del FMI a las iniciativas reguladoras en Estados Unidos», en *Garantías reales en escenarios de crisis* —dir.: Elena LAUROBA LACASA—, Marcial Pons, 2012.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «El control registral de las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 705, 2008.

HERBOSA, Inmaculada: *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006.

JANS, Jan H.: «State Liability: In Search of a Dividing Line Between National and European Law», en *Interface between EU Law and National Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007.

LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M.: «Las condiciones generales de la contratación y su control en el ámbito registral», en *Revista La Ley*, núm. 148, 2008.

MANZANO SOLANO, Antonio: *Estudios sobre la hipoteca*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2009.

MARCOS GONZÁLEZ, María: *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Thomson Reuters, Navarra, 2011.

MONSERRAT VALERO, Antonio: *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2002.

— *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. Artículo 131 LH*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: *El contrato de hipoteca inmobiliaria*, Thomson Reuters, Navarra, 2010.

ORDÁS ALONSO, Marta: *El interés de demora*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.

OROZCO Y PARDO, Guillermo: «Protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II (Derecho de Obligaciones), Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

PAGADOR LÓPEZ, Javier: *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

PARDO GATO, José Ricardo: *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (Análisis legislativo y jurisprudencial)*, Dijusa, Madrid, 2004.

PASQUAU LIAÑO, Miguel: «No incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales: Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* —dir.: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO—, Aranzadi, 1999.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 4.^a ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.

PERDICES HUETOS, Antonio B.: «Comentario al artículo 10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* —dirs.: Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ y Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN—, Civitas, Madrid, 2002.

PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen: *Responsabilidad del Estado frente a particulares pos incumplimiento del Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PUIG BRUTAU, José: *Compendio de Derecho Civil*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1987.

RAMOS CHAPARRO, Enrique J.: *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

REY PORTOLÉS, Juan Manuel: «La hipoteca como derecho real divorciable del crédito garantizado», en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.

ROCA-SASTRE, Ramón M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario* (Tomo VII), 8.^a ed., Bosch, Barcelona, 1998.

RUBIO TORRANO, Enrique: «Ejecución hipotecaria y derechos constitucionales», en *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARRERAS—, Thomson Reuters, Navarra, 2012; y *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6 (octubre de 2011).

RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso: *La justicia de la Unión Europea*, Thomson Reuters, Navarra, 2011.

RUIZ-RICO RUIZ, Catalina: *El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación (Apuntes críticos al Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2003.

SARMIENTO, Daniel: *Poder judicial e integración europea (La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión)*, Thomson-Civitas, Navarra, 2004.

WARD, Angela: «More than an Infant Disease; Individual Rights, EC Directives, and the Case for Uniform Remedies», en *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Europa Law Publishing, Groningen, 2002.

— *Judicial Review and The Rights of Private Parties in EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

YSAS SOLANES, María: *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, La Ley, Madrid, 1994.

ZUMAQUERO GIL, Laura: «La cláusula penal en la contratación inmobiliaria con consumidores», en la obra *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria* (coord.: Ana Cañizares Laso), Tecnos, Madrid, 2006.

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

En el mes de noviembre del año pasado, la Abogado General Juliane Kokott presentaba sus conclusiones sobre la disconformidad de la ejecución hipotecaria española con la Directiva 93/13/CE, a raíz de la cuestión prejudicial formulada al respecto por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona. Concretamente dada la imposibilidad de discutir en dicho procedimiento la existencia de cláusulas abusivas insertas en el título en el cual se fundamenta la ejecución.

Con fecha 14 de marzo de 2013, el Tribunal de Justicia de la UE ha ratificado con su pronunciamiento las referidas conclusiones. Un pronunciamiento judicial que, tal y como parece, exige la reforma de nuestra legislación procesal y que abre el abanico a múltiples posibilidades de actuación por parte de los Juzgados y Tribunales de nuestro país en orden a la paralización de las ejecuciones en curso.

El objeto del presente artículo estriba en analizar el razonamiento seguido por el Tribunal europeo, las hipótesis posibles de reforma, así como el posible proceder de nuestros órganos judiciales antes y después de que se produzca dicha reforma.

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

The Advocate General, Juliane Kokott released her conclusions on the compatibility of Spanish legislation on foreclosure with Directive 93/13/EC, on account of a preliminary ruling submitted by Barcelona Commercial Court num. 3, delving specially into the ability of the Court to discuss in this procedure the existence and scope of unfair terms.

The 14 March 2013, the Court of Justice ratified in its Judgment the previous conclusions of Advocate General Kokott. The Judgement seems to call for the amendment of Spanish procedural law and apparently leaves room for national courts to challenge ongoing evictions.

The purpose of this article is to analyze the reasoning of the Court of justice, the reform possibilities and the likely reactions of courts prior and posterior to such eventual amendment.